Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen.

Inauguraldissertation

einer hohen Juristenfakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Robert Rebinger,
Referendar beim K. Landgericht Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1908.

Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen.

Inauguraldissertation

einer hohen Juristenfakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Robert Nebinger,
Referendar beim K. Landgericht Stuttgart.

ACAD. LIBRARY KIEL

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1908.

Genehmigt auf Antrag des Referenten

Herrn Professor Dr. S. Rietschel

am 30. Juli 1908.

Literatur.

Biermann, Kommentar des Sachenrechts, Berlin, 2. Aufl. 1903.

Bloch, Die Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs nach B.G.B. 1902.

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht 1899, 3. Aufl.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen, 1901.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II, 1, 4. Aufl. 1904.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, III. Bd. Sachenrecht 1905.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. I 1860, Bd. II 1864.

„ Pandekten, 7. Aufl., Berlin 1903.

„ Das bürgerliche Recht Deutschen Reichs und Preußens. Sachenrecht, 4. Aufl. 1908 und Obl. Recht, 3. Aufl. 1905.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B. 1899/05 Bd. II.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 2, 8.—9. Aufl., 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1 u. 2, 2. Aufl. 1901.

Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch. Handausgabe mit Anm., 7. Aufl. 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2. Sachenrecht, Leipzig 1905.

Hallbauer-Fuchs, Deutsches Pfandrecht 1907.

Jacubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines B.G.B. 1892.

Kommentare zur Z.P.O. von Petersen-Anger, Gaupp-Stein, Seufert, Struckmann-Koch.

Kuhlenbeck, Kommentar zum B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 1 3. Teil, 2. Aufl. 1903/04.

Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. 21. Bd. Arch. bürgerl. Recht.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Berlin 1900, 3. Aufl.

Motive zum Entwurf eines B.G.B., 1888—95.

Neumann, Handausgabe des B.G.B., 4. Aufl. Berlin 1905.

Planck, Kommentar z. B.G.B., 3. Aufl. 1903 ff.

Protokolle der Kommission für 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B. 1896.

v. Schwind, Wesen nnd Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.

Staub, Kommentar zum H.G.B., 8. Aufl. 1907 Bd. 2, S. 1368 ff.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B. III. Bd. Sachenrecht, München, 3.—4. Aufl. 1907 (von Kober).

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 2, 2. 3. Aufl. Berlin 1897.

Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. 1, 9. Aufl. 1906.

Deutsche Juristenzeitung. Württembergische Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung (Boscher). Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Gruchots Beiträge.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die Nichtrechtmäßigkeit des Verkaufs 3

Zweiter Teil.

Die Wirkungen 18

Erster Abschnitt: Das Schicksal der verpfändeten Sache 20

Zweiter Abschnitt: Das Schicksal des Erlöses.

1. Kapitel: beim rechtmäßigen Pfandverkauf 29

2. Kapitel: beim nichtrechtmäßigen Pfandverkauf 41

Anhang 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552713_0021

Einleitung.

In dem Ausdruck „nichtrechtmäßiger Pfandverkauf" tritt der Abschluß einer langen Rechtsentwicklung in Erscheinung. Es geht aus ihm hervor die Tatsache, daß der Pfandverkauf an sich etwas rechtmäßiges ist, und daß die Zeiten vorüber sind, in denen sich der Pfandgläubiger erst durch ein besonderes pactum de vendendo das Verkaufsrecht einräumen lassen mußte, widrigenfalls ein von ihm vorgenommener Pfandverkauf nichtrechtmäßig war, und er Gefahr lief, der infamierenden actio fiduciae zu unterliegen. Das Verkaufsrecht, erst accidentale, später naturale, ist im modernen Recht ein essentiale negotii.[1]) Im heutigen Recht ist ein Pfandverkauf nur dann nichtrechtmäßig, wenn er gewissen, vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen nicht entspricht. Solche hat das B.G.B. in relativ großer Zahl aufgenommen, um jeglichem Mißbrauch, vor allem aber einer Kollusion, zum Schaden des Pfandeigentümers zu steuern. Die vorliegende Arbeit verfolgt den Zweck, zunächst der Natur dieser Vorschriften auf den Grund zu kommen, und wird dann versuchen, aus den durch solche Untersuchung gewonnenen Ergebnissen eine Lösung mancher Streitfrage, insbesondere aber des Erlösproblems zu finden.

Die seitherige Theorie ging auf Grund der Beobachtung, daß manche der für den Pfandverkauf gegebenen Vorschriften im Gegensatz zu anderen formeller Natur sind, von der Form aus; sie spricht deshalb von formrichtigem und formwidrigem Pfandverkauf, als Unterarten des nichtrechtmäßigen Pfandverkaufs. Eine solche Einteilung schien deswegen glücklich, weil man im Anschluß an sie sagen konnte: Bei formwidrigem Pfandverkauf erlangt der Käufer selbst bei gutem Glauben kein Eigentum; dagegen kann formrichtigen, nichtrechtmäßigen Pfandverkauf guter Glaube heilen. Eine nähere Betrachtung wird diese lediglich dem Zweck der Charakterisierung des Eigentumserwerbsproblems an der Pfandsache ge-

[1]) Über die Entwicklung im einzelnen vergl. Dernburg, Pfandrecht I, 88.

widmete Einteilung als unrichtig erweisen. Ferner, abgesehen davon, daß die seitherige Einteilung für die nichtformwidrigen Fälle von Nichtrechtmäßigkeit nur das kontradiktorische Gegenteil zur Bezeichnung hat, sie also nicht zu charakterisieren vermag, berücksichtigt sie nicht genügend, daß auch andere Interessen im Spiele stehen, als das Eigentumserwerbsinteresse des Pfandkäufers.

Endlich, nicht einmal dieses Interesse nimmt Hallbauer-Fuchs[2]) als Grundlage für seine Einteilung. Er scheidet einen objektiv rechtmäßigen und einen subjektiv rechtmäßigen Pfandverkauf, je nachdem gar kein Mangel vorliegt, oder aber ein heilbarer. Diese Einteilung charakterisiert weder die Natur eines Mangels noch seine Wirkung und kann daher praktischen Wert nicht haben.

Noch in einem anderen Punkte gilt es, einer Lehre entgegenzutreten. Im älteren römischen Recht war gelehrt worden, der Verpfänder habe dereinst bei der Verpfändung zugestimmt, daß der Gläubiger das Pfand veräußere, man habe also anzunehmen, daß dieser Wille noch beim Verkauf fortdauere, der betreibende Pfandgläubiger handle also als Prokurator, Vertreter des Verpfänders.[3]) Diese Theorie wurde noch im römischen Recht abgelehnt. Der Wille der Kontrahenten war ja gerade, daß der Gläubiger die Sache ohne Zustimmung des Schuldners solle verkaufen können. Der Käufer hat gegen den Verpfänder keine Ansprüche, der Verpfänder kann den Kaufpreis nicht vom Käufer fordern, der Pfandgläubiger, und nicht der Verkäufer, steht ein für Gewährleistung, der Pfandgläubiger haftet dem Verpfänder nicht für Außerachtlassung der günstigsten Verkaufsgelegenheit.[4]) Es gilt nun, in der Ablehnung der Vertretertheorie konsequent zu sein, denn in Wahrheit ist sie noch nicht überwunden. Heute noch wird versucht, das vom B.G.B. beim Pfandverkauf aufgenommene Surrogationsprinzip in der Weise zu erklären und zu konstruieren, daß der Pfandgläubiger als Vertreter des Verpfänders aufgefaßt und bezeichnet wird. Eine solche Erklärung führt, wie auszuführen sein wird, auch zu praktisch unrichtigen Resultaten. Ihre Bekämpfung ist insbesondere für den Fall der Nichtrechtmäßigkeit wichtig, deren Natur im Rechte des Pfandverkaufs nunmehr die erste Untersuchung gelten soll.

---

[2]) S. 57/58 Anmerkung.

[3]) Gaius, II 64.

[4]) Vergl. Dernburg, Pfandrecht Bd. II S. 108.

Erster Teil.

Die Nichtrechtmäßigkeit des Verkaufs.

Für jegliche Wirkung eines Pfandverkaufs ist Voraussetzung ein gültiger Kaufvertrag, bezw. der bei der Versteigerung erfolgende Zuschlag, also allgemein gesprochen: eine Schuldbegründung. An ihr und an dem Veräußerungsakt, der Schulderfüllung, messen sich die Fragen der Rechtmäßigkeit und schließen sich Wirkungen an. Aus diesem Grunde haben bei der Prüfung der Frage, wann eine Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs im technischen Sinne vorliege, auszuscheiden Fälle, die man an sich natürlich auch nichtrechtmäßigen Pfandverkauf nennen könnte, die aber, weil eine Schuldbegründung überhaupt nicht zustande kam, auch keine Pfandverkaufswirkungen haben können. Hieher gehören Verstöße gegen § 457 B.G.B. [1])

Andererseits ist dagegen zu behaupten, daß auf die Frage, wann denn ein Pfandverkauf nichtrechtmäßig im technischen Sinne sei, der § 1243 Abs. 1 trotz seiner genauen Aufzählung von zu beachtenden Vorschriften noch nicht die genügende Auskunft gibt. Es scheint zwar, als ob in § 1243 Abs. 1 die Vorschriften erschöpfend aufgezählt seien, gegen die bei Folge der Nichtrechtmäßigkeit nicht verstoßen werden darf; allein wenn es einen Fall gibt, der genau dieselben Wirkungen hat, wie die dort aufgezählten Fälle, so muß er diesen auch gleichgeordnet werden dürfen, und einem Verstoß wird daher auch mit Recht dieselbe Bezeichnung beizulegen sein. So wird als nichtrechtmäßiger Pfandverkauf im technischen Sinn des Wortes auch zu bezeichnen sein ein Verkauf, der ohne ein gültiges Pfandrecht des Veräußerers vorgenommen wird. Dieser Fall ist in § 1244 genannt und in seiner Wirkung den Fällen vollkommen gleichgestellt, in denen „den Erfordernissen nicht genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt". Der Grund, warum der Mangel eines gültigen Pfandrechts nicht auch in § 1243 Abs. 1 aufgenommen worden ist, ist einfach der, daß der Gesetzgeber diesen Fall als nichtrechtmäßigen Pfandverkauf zu kennzeichnen nicht für erforderlich hielt, weil sich dies von selbst verstand, während bezüglich aller anderen Mängel und Unrichtigkeiten die Rechtsprechung in Zweifel geraten wäre, wenn der Gesetzgeber nicht die verschiedenen Voraussetzungen der Wirk-

[1]) Vergl. § 458.

samkeit des Pfandverkaufs in wesentliche und unwesentliche gegliedert und die wesentlichen besonders aufgezählt hätte. Der Umstand, daß der Mangel eines gültigen Pfandrechts zwar genau dieselben Wirkungen hat wie die Hauptgruppe der in § 1243 Abs. 1 aufgezählten Fälle, aber daselbst nicht auch aufgezählt ist, ist von Bedeutung. Er weist darauf hin, daß das Gesetz von dem allgemeinen Gedanken ausgeht, daß derjenige einen Pfandverkauf niemals rechtmäßig betreibt, dem gar nicht die Befugnis zusteht, über das Pfandobjekt zu verfügen. Sieht man genauer zu, so fällt in die Augen, daß der Pfandverkauf im Grunde in zweierlei Gruppen von Fällen nichtrechtmäßig wird, nämlich einmal ganz allgemein dann, wenn der Veräußerer über die Pfandsache nicht verfügen durfte, und ferner — der seitherige Ausgangspunkt — dann, wenn gegen gewisse vom Gesetz vorgeschriebene Formen verstoßen wird. Diese Grundeinteilung kann sich bei der Untersuchung der einzelnen Wirkungen fruchtbar erweisen, und in der Tat geht das Gesetz von ihr aus, denn leicht lassen sich die in § 1243 Abs. 1 aufgestellten, für die Rechtmäßigkeit unerläßlichen Voraussetzungen nach diesen zwei Gesichtspunkten gliedern. So ersetzt diese Einteilung das von der seitherigen Lehre dem formwidrigen Pfandverkauf lediglich als kontradiktorisches Gegenteil gegenübergestellte Merkmal der Formrichtigkeit, indem sie — jetzt abgesehen von dem Umstand, daß sich die Unterfälle nicht ganz decken — diesen Fällen die ihnen gebührende charakteristische Bezeichnung gibt.

A. Was die erste Gruppe betrifft, so umfaßt sie die Fälle, in denen dem Verkäufer aus irgend einem Grunde die Verfügungsbefugnis fehlt. Diese hat einen doppelten Inhalt: die Sachlegitimation und das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen. Der Sachlegitimation der §§ 932 ff., d. h. dem Eigentum, entspricht hier das gültige Pfandrecht. An dem fehlt es, wenn die Forderung nicht gültig oder erloschen ist (§ 1223); ferner wenn die Pfandforderung auf einen neuen Gläubiger übergegangen ist (§ 1250) oder wenn die Sache dem Verpfänder nicht zu eigen gehörte und nach unfreiwilligem Besitzverlust des Eigentümers dem Veräußerer durch den Verpfänder verpfändet worden ist.[2]) An einem gültigen Pfandrecht fehlt es endlich natürlich auch, wenn die Bestellungsformen der §§ 1205, 1206 nicht beachtet worden waren. Ein Irrtum kommt dem Veräußerer nicht zugute.

[2]) Die widerrechtliche Verpfändung durch den unmittelbaren Besitzer begründet nicht deren Abhandenkommen für den mittelbaren Besitzer und Eigentümer. Vergl. R.G. 54 S. 69 (abgedruckt in Seufferts Archiv, III. Folge, Bd. IV Nr. 8). A.A. Kühlenbeck in Bem. 2 zu § 935; mit Unrecht. S. schon Motive zu § 879 I, E. III S. 344 ff.

Die weiteren in § 1243 Abs. 1 aufgestellten Erfordernisse nicht formeller Natur stellen sich dar als „Verfügungsbeschränkungen", und zwar besonderer, speziell für den Pfandverkauf vom Gesetz aufgestellter Art.

1. Diese „gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen" umfassen folgende Fälle:

a) Die Forderung muß ganz oder zum Teil fällig sein, § 1228 Abs. 2 Satz 1. Vorher ist der Pfandgläubiger durch das Gesetz in der Verfügung über die Pfandsache beschränkt. Es ist aber beizufügen, daß durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners die Forderung nicht fällig wird. Nur für das Konkursverfahren gilt sie gemäß § 65 K.O. für fällig.[3]) Ferner: notwendiger Sicherungsverkauf im Sinne des § 1219 macht den Pfandverkauf, auch wenn die Forderung nicht fällig ist, nicht zum nichtrechtmäßigen. — Verzug ist nicht notwendig, wird aber meist vorliegen.[4])

b) Ehe der Pfandgläubiger zum Verkauf schreiten darf, muß seine Forderung, falls sie nicht auf Geld ging, in eine Geldforderung übergegangen sein. Dies ist notwendig, weil der Pfandverkauf eben nur Geld einbringt.[5]) Eine nicht in Geld bestehende Forderung würde es ungewiß machen, in welcher Höhe der betreibende Pfandgläubiger sich befriedigen dürfte.

In eine Geldforderung umgewandelt werden kann der geschuldete Gegenstand durch Vereinbarung, insbesondere durch Vertragsstrafe (§§ 339—341), als Folge von Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung (§§ 280, 325) und wegen Verzugs (§ 286) und als Folge rechtskräftigen Urteils (§ 283). Vergl. ferner § 893 Z.P.O. Vorher fehlt wiederum dem Pfandgläubiger die Befugnis, über die Pfandsache zu verfügen, obgleich er sie in Händen hat.[6])

c) Der Pfandgläubiger darf nur so viele Pfänder zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind. § 1230 Satz 2.[7]) Wie viele das sind, kann nicht immer von vornherein feststehen. Im römischen Recht durfte der Pfandgläubiger

[3]) R.G. 3, 356.

[4]) Vergl. § 1234. S. auch Matthias II, § 70 S. 196, und Dernburg III, S. 920.

[5]) Mot. III S. 817.

[6]) Trotz des klaren Wortlauts des § 1228 Abs. 2 hält Düringer-Hachenburg II, 528 einen gegen diese Vorschriften verstoßenden Verkauf nicht für nichtrechtmäßig.

[7]) Vergl. übrigens auch §§ 803 Abs. 1, Satz 2 und 818 Z.P.O. Der schuldige Gerichtsvollzieher haftet auf Schadensersatz. R.G. 51, 186.

sämtliche Pfänder, die er in Händen hatte, verkaufen, selbst wegen chirographarischer Forderungen. [8]) Heute wird in Ermangelung genauerer Vorschriften des Gesetzes und einer diesbezüglichen Vereinbarung der Pfandgläubiger im Zweifel sein können, wie er vorgehen muß, um den Pfandverkauf rechtmäßig vorzunehmen. Wenn der Pfandgläubiger eine Forderung von 100 und dafür drei Pfänder im Wert von 40, 50 und 80 hat, so ist klar, daß er nicht alle drei verkaufen darf. Streitig kann nur sein, ob er verpflichtet ist, das Objekt, das 50 wert ist, wegzulassen, oder ob er statt dessen das 40 werte weglassen darf. Nach Treu und Glauben wird man hier dem Pfandgläubiger die Wahl lassen müssen. In höherem Grad zweifelhaft ist der Fall, wenn für eine Forderung von 100 z. B. vier Pfänder im Wert von 20, 30, 80 und 120 haften. Ist hier der Gläubiger verpflichtet, das wertvollste zu verkaufen und verkauft er etwa nichtrechtmäßig, wenn er das erste und dritte oder das zweite und dritte zum Verkauf bringt? Meines Erachtens wird man nicht verlangen dürfen, daß er das wertvollste verkauft. Anderer Ansicht ist Bloch. [9]) Er geht davon aus, „erforderlich" sei ja nur der Verkauf des wertvollsten Pfandes, also sei jede andere Wahl nichtrechtmäßig. Dem läßt sich entgegenhalten, daß „nur so viele als erforderlich" lediglich bedeutet, daß dem betreibenden Pfandgläubiger von dem Moment an die Verfügungsbefugnis vom Gesetz abgeschnitten ist, wo er ein Pfand zum Verkauf bringen will, dessen Erlös zu seiner Befriedigung nicht mehr erforderlich ist. Innerhalb dieser Grenzen darf er, wie das Gesetz selbst in Satz 1 des § 1230 ausdrücklich erlaubt, seine Auswahl treffen. Es widerspräche überhaupt schon der Billigkeit, wenn er das wertvollste verkaufen müßte, denn dann wäre bei Verpfändung von mehreren Objekten immer gerade das wertvollste am schlechtesten gestellt. Die Lösung der hier auftauchenden Fragen ist keineswegs so schwierig, und absurde praktische Erfolge können recht wohl vermieden werden. Wir rechnen darum nicht mit Bloch den § 1230 Satz 2 zu den bedenklichsten Paragraphen des B.G.B.

d) Endlich gehört noch zu den Fällen der gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen der „Verkauf nicht unter Wert und Preis",

[8]) Vergl. lex 8 Dig. 20, 5.
[9]) S. 21 ff.

d. h. nicht unter dem Börsen- und Marktpreis (§ 1235) bezw. nicht unter dem Gold- oder Silberwert (§ 1240). Verkauft der Pfandgläubiger unter dem jeweiligen Preis bezw. Wert, so handelt er wider die ihm im Gegensatz zu einem Eigentümer auferlegte Beschränkung und verkauft nichtrechtmäßig. Festzustellen, daß es sich in diesen Fällen um keinen formellen, sondern lediglich um einen materiellen Mangel handelt, ist von besonderer Notwendigkeit. Daran zweifelt auch, soweit es sich um den Abs. 1 des § 1240 und überhaupt um öffentliche Versteigerung handelt, die herrschende Meinung nicht. Aber sie führt den Gedanken nicht folgerichtig durch angesichts der Tatsache, daß die §§ 1235 und 1240 Abs. 2 in § 1244 zitiert sind. Jeglicher Verstoß gegen eine in diesen Paragraphen liegende Vorschrift soll nach Ansicht der herrschenden Meinung unheilbare Nichtrechtmäßigkeit zur Folge haben. Dies ist aber nicht der Wille des Gesetzes. Unheilbar soll nach dem Willen des Gesetzes ein Verstoß gegen wesentliche Form sein. Die beiden Paragraphen sind in § 1244 nur um der gegen sie erfolgenden Formverstöße willen zitiert, nicht aber auch wegen des Falls, daß unter Preis bezw. Wert verkauft wird. Dies ergibt sich schon daraus, daß in § 1240 Abs. 1 ganz zweifellos ein Eigentumserwerb stattfindet. Die Gründe, die im Gegensatz dazu in Abs. 2 den Eigentumserwerb verhindern wollen, etwa weil zwischen öffentlicher Versteigerung und freihändigem Verkauf ein so gewaltiger Unterschied bestehe, reichen zur Begründung der h. M., die sich seither über diese Frage überhaupt nicht ausgesprochen hat, nicht aus. Das Gesetz wollte mit den Zitaten in § 1244 nur die Verstöße gegen wesentliche Formvorschriften treffen. Wenn es sagt: „Wenn die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 beachtet worden sind", so meint es, wie bei dem Zitat des § 1233 Abs. 2 auch, die Formvorschriften.

Praktisch wird diese Streitfrage häufig dadurch vermieden werden, daß, wenn der Veräußerer schon einen unlauteren Gewinn machen will, er dann die Sache nicht mit der Bezeichnung „als Pfand" verkauft, so daß bei gutem Glauben des Käufers sein Eigentumserwerb sicher ist.

Festzustellen ist aber noch, daß die seitherige Lehre mit diesem Fall in ihrer Kategorie „formwidriger Pfandverkauf" einen Fall mitgeführt hat, der mit Formwidrigkeit gar nichts zu tun hat, der vielmehr einen rein materiellen Mangel aufweist. Und der

besteht darin, daß der Pfandgläubiger sich aufgespielt hat wie ein Eigentümer. Ein Eigentümer kann seine Sache verschleudern, ihm sind in der Bemessung des Kaufpreises nach unten Schranken nicht gesetzt, der Pfandgläubiger aber darf über die ihm verpfändete Sache unter einem gewissen Mindestgebot einfach nicht verfügen.

Bei Verstoß gegen eine dieser aus dem allgemeinen Prinzip der Verfügungsbefugnis fließenden Vorschriften sprechen wir von einem materiell nichtrechtmäßigen Pfandverkauf im Gegensatz zu dem noch zu erörternden formell nichtrechtmäßigen. Zunächst ist aber der Konsequenz Rechnung zu tragen, die jedes erkannte Prinzip erfordert: Es ist zu prüfen, ob das Prinzip sich in den vom Gesetz erwähnten Fällen erschöpft, oder ob nicht noch weitere Fälle materieller Nichtrechtmäßigkeit, also ausgeschlossener oder beschränkter Verfügungsbefugnis denkbar und vorhanden sind.

2. Hier liegt am nächsten die Frage, ob, wie einerseits gesetzliche Verfügungsbeschränkungen bestehen, der Pfandgläubiger nicht auch durch Rechtsgeschäft in der Verfügung über die Pfandsache behindert werden kann. Zunächst:

a) kann dem Pfandgläubiger die Veräußerung des Pfandes überhaupt verboten werden, so daß ein unter Nichtachtung solchen Verbots vorgenommener Pfandverkauf nichtrechtmäßig wäre?

Das römische Recht achtete ursprünglich eine solche Verabredung, indem es solchenfalls den Pfandgläubiger erst nach dreimaliger Anzeige verkaufen ließ.[10]) Nach A.L.R. I, 20 §§ 26, 27 war die Abmachung vollkommen wirksam, daß der Gläubiger den Verkauf der verpfändeten Sache überhaupt nicht zu verlangen berechtigt sein solle. Wenn die Deutung eines Nutzungspfands im Sinne deutschrechtlicher Totsatzung nicht möglich war, so hatte die Verabredung die Wirkung, daß der Gläubiger nicht eher, als bis der Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet wurde, verkaufen durfte.[11]) Die Frage ist, ob auch nach bürgerlichem Recht die Verkaufsbefugnis ausgeschlossen werden kann. Dies ist zu verneinen. Eine Verabredung, daß der Gläubiger seine Forderung allein durch Fruchtziehung zu tilgen habe, ist zulässig, aber schließt das Verkaufsrecht nicht aus. Ein Zuwiderhandeln kann nur eine Schadensersatzpflicht begründen, § 137 B.G.B. Ein Vertrag, durch den

[10]) lex 5 § 4; Dig. 13, 7; vergl. Windscheid § 237, 1, 5, § 234, 6 a; Dernburg Pand. I, § 280; Buchka S. 253/254.

[11]) v. Schwind, S. 58 ff.

das Verkaufsrecht überhaupt ausgeschlossen wird, ist unwirksam, denn das Verkaufsrecht ist Essentiale des Pfandrechts. Dies stellt das B.G.B. ausdrücklich fest, §§ 1204, 1228.[12]) Eine Frage für sich ist, ob in einem solchen Vertrag nicht etwa die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts zu erblicken ist.[13]) Selbst in diesem Fall aber wäre ein Verkauf nicht nichtrechtmäßig, sondern würde wiederum nur zu Schadensersatz verpflichten.

b) Ein weiterer Fall, in dem eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung in Betracht käme, wäre der Fall der Bestellung eines Afterpfands. Dies ist ein Pfandrecht am Pfandrecht. Der Fall, daß der Pfandgläubiger in die Lage kommt, die Pfandsache trotz Afterpfands zu veräußern, ist nur denkbar auf Grund unfreiwilligen Besitzverlusts des Afterpfandgläubigers. Es folgt aus dem Begriff des Afterpfands, daß der Pfandgläubiger ohne Zustimmung des Afterpfandgläubigers sein Pfandrecht nicht erlöschen lassen darf; er darf also ohne diese nicht darauf verzichten und keinen Verkauf vornehmen. Wenn er aber trotzdem verkauft, so verkauft er rechtmäßig; es ist gleichgültig, ob der Erwerber von dem Vorhandensein eines Afterpfandgläubigers etwas weiß oder nicht. Das Afterpfand ruht ja nicht auf der Sache, sondern auf dem Recht. Durch den Verkauf der Sache erlischt das Pfandrecht des Pfandgläubigers und damit geht auch die Sicherung des Afterpfandgläubigers verloren. Einem Schadensersatzanspruch steht natürlich nichts im Wege.

3. Noch auf eine weitere Kategorie möglicher Verfügungsbeschränkung, nicht gesetzlicher und nicht rechtsgeschäftlicher, sondern einer aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden Art ist einzugehen. Hieher gehört:

a) der Fall einer Pfandgläubigergemeinschaft. Es ist an den Fall zu denken, daß der erste Pfandgläubiger von mehreren Erben beerbt wird; ferner an den Fall der Verpfändung für eine Gesamtforderung. Da können die Pfandgläubiger das Verkaufsrecht nur gemeinschaftlich ausüben,[14]) § 747, Satz 2. Wenn in den Motiven[15]) gesagt ist, daß ein einzelner Genosse den zur Realisierung des Pfandrechts erforderlichen Maßnahmen nicht

---

[12]) Crome III, S. 849; Dernburg III, S. 918; bes. aber Martinius A.Z.Praxis 96, 114.

[13]) R.G. 51, 83 ff.; Kipp S. 1151; Fischer-Henle und Biermann zu § 1228.

[14]) Planck, Bem. 2a zu § 1231 und Staudinger Bem. 1b zu § 1231.

[15]) III, 820.

widersprechen dürfe, so heißt das ebensoviel, daß er seine Zustimmung, wenn die Realisierung nötig ist, nicht verweigern darf. Ehe er sie aber gegeben hat, darf ein anderer nicht verkaufen, und würde, wenn er es doch tut, nicht rechtmäßig verkaufen. Der Käufer würde, wenn ihm der Sachverhalt bekannt wäre, Eigentum nicht erwerben.

b) Daß dem Pfandgläubiger gegenüber ein Veräußerungsverbot ergeht, wird selten sein, ist aber immerhin denkbar. Sieht man von dem Fall eines etwa zu Kriegszeiten hinsichtlich bestimmter Objekte ergehenden allgemeinen Veräußerungsverbots ab, so ist zu denken z. B. an den Fall, daß dem Pfandeigentümer durch einstweilige Verfügung eine andere Art der Pfandverwertung zugebilligt worden ist. Häufiger sein wird der Fall, daß das Vermögen des Eigentümers in Beschlag genommen wird.[16]) In diesem Fall wäre aber der Pfandgläubiger, da er ja einmal ein Pfand hat, an der Veräußerung nicht gehindert.[17])

c) In keiner Weise in der Verfügung beschränkt wird der Pfandgläubiger dadurch, daß die Pfandsache in Streitbefangenheit gerät, sei es nun, daß ein Prätendent den Verpfänder verklagt oder den Pfandgläubiger.[18])

4. Mit den bisher gewonnenen Ergebnissen sind die Fälle materieller Nichtrechtmäßigkeit erschöpft. Außer den im Gesetz genannten Fällen kommt also nur in Betracht der Fall 3 a und der wenig praktische Fall 3 b. Es ergibt sich aus dem Prinzip der Verfügungsbefugnis der notwendige Schluß, daß andere denkbare Mängel, soweit sie nicht — wovon noch zu handeln ist — formeller Natur sind, eine Nichtrechtmäßigkeit im technischen Sinne nicht begründen können. Nicht daraus also, daß weitere Fälle im Gesetz zum Teil gar nicht genannt sind, ergibt sich dieser Schluß, sondern er ergibt sich aus dem Prinzip. Nach § 1230 Satz 1 darf der Pfandgläubiger unter mehreren Pfändern sich dasjenige auswählen, das er verkaufen will (vorbehältlich einer Vereinbarung und der Beschränkung durch Satz 2). Das heißt nichts anderes, als daß ihm hier keine Verfügungsbeschränkung auferlegt ist. Nichtrechtmäßigkeit tritt nur bei Zuwiderhandeln gegen Satz 2 ein; handelt er einer Vereinbarung

[16]) z. B. § 93 St.G.B.

[17]) Dies fand schon Anerkennung im römischen Recht in der sog. oratio Severi lex 1, § 2 Dig. 27, 9. Vergl. Dernburg, Pfandrecht II, S. 116.

[18]) Im letzteren Fall durfte im römischen Recht der Pfandgläubiger nicht veräußern; 1. 4 cod. de lit. 8, 37; im ersteren Fall war der Verkauf wegen naheliegender Kollusion zwischen Käufer und Verpfänder gestattet.

zuwider, so trifft ihn nur Schadenersatzpflicht.[19]) Solange der Pfandgläubiger ein Pfandrecht hat, darf er auch verkaufen. Wenn er, obgleich im Annahmeverzug befindlich, verkauft, so verkauft er rechtmäßig.[20]) Nur Schadenersatzpflicht kann ihn treffen. Verstreichenlassen der günstigsten Verkaufsgelegenheit macht ebenfalls nicht nichtrechtmäßig; es kann aber § 226 in Betracht kommen. Aus den gemachten Ausführungen ergibt sich auch, daß Liquidität, d. h. vorgängige Feststellung der Forderung durch rechtskräftiges Urteil oder gerichtliches Geständnis keine Voraussetzung des Pfandverkaufs ist.[21]) Endlich ist auch der Besitz nicht immer notwendige Voraussetzung für die Verfügungsbefugnis.[22]) Eigentümer wird natürlich der Käufer erst, wenn er den Besitz erhalten hat, denn Eigentum abzutreten, ist der Pfandgläubiger nicht in der Lage. Nur dann ist Besitz natürlich nötig, wenn ein Nachstehender verkaufen will.

B. Es bleiben jetzt noch zu erörtern die Fälle von Nichtrechtmäßigkeit, die sich auf formelle Mängel gründen.

Formfehler sind die gefährlichsten Feinde des Pfandverkaufs, insofern ihretwegen die Hauptwirkung eines Verkaufs, der Eigentumserwerb des Käufers, sehr leicht, und zwar ganz ohne dessen Verschulden ausbleiben kann. Die Formen bezwecken den Schutz des Schuldners, sie bieten die wirksamste Garantie gegen Kollusion, wie sie insbesondere beim römischen Pfandverkauf, der nur ganz wenige Formen kannte,[23]) nur allzuleicht vorkam. Wurde damals eine Form verletzt, so war dadurch nur die Präsumption eines fraudulosen Benehmens des Pfandgläubigers begründet und dieser wurde schadensersatzpflichtig. Nur wenn im Verpfändungsvertrag ausdrückliche Bestimmungen über Formalien waren, zog ihre Versäumnis Nichtigkeit nach sich.[24]) Sonst aber war nur ein Schadensersatzanspruch gegeben, und zwar konnte als Schaden verlangt werden die Differenz zwischen dem höchsten Wert, der aus dem Pfand bei Bekanntmachung des Pfandverkaufs und Gegenwart des Schuldners hätte erlöst werden können und dem wahren Erlös. Dies durfte durch ius iurandum in litem geschätzt

---

[19]) Vergl. auch §§ 803, 818, 777 Z.P.O. und § 1282 Abs. 1 B.G.B.

[20]) Im römischen Recht war die Folge wohl Nichtigkeit. Vergl. lex 5, cod. 8, 28 und lex 25, § 1 Dig. 10, 2.

[21]) Staudinger zu § 1228; Dernburg Pand. I, § 281; Dernburg, Sachenrecht S. 920. Mit Recht sagt übrigens Biermann Bem. 1a zu § 1228 „auch darf der Forderung keine Einrede entgegenstehen."

[22]) A.A. Crome III, S. 849.

[23]) Denunziation (Mitteilung an den Schuldner) und Proskription (öffentliche Bekanntmachung).

[24]) Dernburg, Pfandrecht II, S. 137.

werden. Das moderne Recht kennt mit Recht einen so weitgehenden und zu Mißbrauch einladenden Schätzungseid nicht mehr und wägt daher die einzelnen Formen, die es aufstellt, nach ihrer Wichtigkeit ab, so daß es im Fall der Verletzung bei einzelnen nur eine Schadensersatzpflicht statuiert, bei anderen den Eigentumserwerb des Käufers von seinem guten Glauben abhängig macht und bei den wichtigsten nur ihn überhaupt abschneidet.

Das B.G.B. kennt dreierlei Möglichkeiten für die Ausführung des Pfandverkaufs: den gewöhnlichen Verkauf, entsprechend den Vorschriften der §§ 1234—1240, den Verkauf auf Grund einer Vereinbarung oder Anordnung, §§ 1245, 1246 und den Verkauf gemäß den prozessualen Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache § 1233 Abs. 2. Durch diese verschiedenen Arten, insbesondere durch die noch zu der ersten Art zu rechnende Besonderheit eines freihändigen Verkaufs ergeben sich im folgenden die Fälle formeller Nichtrechtmäßigkeit:

1. Durch guten Glauben des Erwerbers unheilbare Fälle formeller Nichtrechtmäßigkeit.

Für die rechtmäßige Vornahme eines außergerichtlichen Pfandverkaufs ist vielerlei zu beachten. Erforderlich ist dazu öffentliche Versteigerung durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder einen anderen zur Versteigerung befugten Beamten[25]) oder öffentlich angestellten Versteigerer[26]) nach Androhung und nach Bezeichnung des Geldbetrags, für den die Versteigerung stattfinden soll, und zwar nach Ablauf eines Monats nach dieser Androhung und am Aufbewahrungsort, ferner nach Bekanntgabe von Zeit und Ort unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes und besonderer Benachrichtigung des Eigentümers und Drittberechtigter und mit den Klauseln der §§ 1238—1240. Erfolgt die Versteigerung nach den Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache, so modifizieren sich diese Vorschriften. in Einzelpunkten gemäß § 814 ff. Z.P.O.

Die Hauptsache, auf die es ankommt, bleibt sich aber gleich, nämlich: Trotz dieses Reichtums an Formvorschriften liegt unheilbare Nichtrechtmäßigkeit nur vor:

a) bei Verstoß gegen das Gebot der öffentlichen Versteigerung §§ 1244, 1235 Abs. 1, 383 Abs. 3. Verstoßen wird,
   aa) wenn es an der Öffentlichkeit fehlt. Es muß allgemeiner Zutritt möglich sein;

---

[25]) In Württemberg die Notare A.G. B.G.B. Art. 105.

[26]) Vergl. § 36 Gew.O.; vergl. auch Rechtspr. d. O.L.G. 6, 89 u. 126.

bb) wenn eine unbefugte Person versteigert. Hiebei ist — was die meisten Kommentare unerwähnt lassen — zu betonen, daß die Person nicht bloß an sich befugt, sondern speziell für diesen Ort zuständig sein muß. Ob der Ersteher den Versteigerer für befugt gehalten hat, kommt nicht in Betracht.[27]) — Der Ansicht von Fischer-Henle,[28]) die Versteigerung an einem andern Orte als dem Leistungsorte oder an einem ungeeigneten Orte mache sie unwirksam, kann nicht beigetreten werden. Der § 1236 ist in § 1244 nicht zitiert, nicht einmal in § 1243 Abs. 1.

cc) Wenn es — was kaum vorkommen wird — an der „Versteigerung" fehlen sollte.

b) Verstoß gegen §§ 1235 Abs. 2, 1221, d. h. unheilbar ist

aa) freihändiger Verkauf eines Pfandes, das gar keinen Börsen- oder Marktpreis hat;

bb) wenn solcher Preis zwar besteht, aber eine unbefugte Person verkauft. Befugt sind hier auch die Handelsmäkler.[29])

c) Verstoß gegen § 1240 Abs. 2, d. h. unheilbar ist:

aa) freihändiger Verkauf von Gold- oder Silbersachen, ohne daß eine öffentliche Versteigerung vorher versucht worden ist;

bb) wenn solche zwar versucht worden ist, aber die jetzt freihändig verkaufende Person nicht befugt ist. Es ist zu beachten, daß hier ein Handelsmäkler keine befugte Person ist.

Natürlich können auch mehrere Mängel zusammentreffen. Die aufgezählten Fälle und die in der Z.P.O. ihnen entsprechenden sind m. E. die einzigen Fälle unheilbarer formeller Nichtrechtmäßigkeit. Daß die h. M. noch andere Fälle hieher rechnet, ist oben S. 7 u. dargelegt und wurde zurückgewiesen.

2. Durch guten Glauben des Erwerbers heilbare Fälle formeller Nichtrechtmäßigkeit sind nicht zu leugnen.

Es handelt sich um folgende Fälle:

a) Mangel einer öffentlichen Bekanntmachung von Zeit und Ort unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes § 1237, Satz 1. Dieser Fall ist in seiner Wirkung, die das Gesetz genau aus-

---

[27]) Anders z. B. § 1319.

[28]) Anm. 4 zu § 383.

[29]) § 34 des Börsengesetzes vom 8. Mai 1908.

spricht, natürlich nicht bestritten, wohl aber ist seine systematische Stellung bisher nicht genügend berücksichtigt worden. Man hat ihn seither zum formwidrigen, nichtrechtmäßigen Pfandverkauf überhaupt nicht gerechnet (eben weil er den Eigentumserwerb des Käufers nicht unter allen Umständen verhindert), sondern ihn einfach zu den anderen Fällen beiseite geschoben, die man in ihrer Natur genauer zu untersuchen unterließ. Nachdem nun diese anderen Fälle als materielle Mängel gekennzeichnet sind, hat dieser unbestreitbare formelle Mangel unter ihnen keinen Platz. Wenn er auch, gleich diesen, durch guten Glauben heilbar ist, so wird sich doch zeigen, daß er sich in anderer Hinsicht bedeutend in der Wirkung von ihnen unterscheidet.

Wann eine öffentliche Bekanntmachung vorliegt, hat das Reichsgericht [30]) definiert. Sie liegt vor dann, „wenn sie dem Publikum oder doch einer nach Zahl und Individualität unbestimmten Mehrzahl von Personen bekannt wird oder nach Beschaffenheit der Kundgebung bekannt werden muß, nicht aber auf einen zum voraus begrenzten Kreis bestimmter Personen eingeschränkt werden soll". Jedenfalls muß die Art der Bekanntmachung, die Zeit derselben und die Wahl der Zeitung dem Standpunkt eines vorsichtigen, gewissenhaften Mannes entsprechen. Eine diesem Standpunkt in höherem Grad widersprechende Art von Bekanntmachung erzeugt Nichtrechtmäßigkeit; z. B. wenn die Bekanntmachung des Verkaufs eines technischen Spezialartikels in einer religiösen Zeitschrift erfolgen würde. Regelmäßig wird es Tatfrage sein.

b) Nach §§ 1245, 1246 kann durch Vereinbarung oder richterliche Anordnung eine abweichende Art des Pfandverkaufs bestimmt werden; es soll z. B. von öffentlicher Versteigerung oder öffentlicher Bekanntmachung abgesehen werden, oder es soll der Verkauf einer besonderen Vertrauensperson übertragen werden. Erfolgt der Verkauf der Vereinbarung oder Anordnung zuwider, so sprechen wir von vereinbarungs- bezw. anordnungswidrigem Pfandverkauf und ein solcher Verkauf ist nicht rechtmäßig.[31]) Es handelt sich auch hier um eine Formverletzung, wenn auch hier im Gegensatz zur Verletzung einer gesetzlichen Form um Verletzung einer vereinbarten bezw. richterlich angeordneten Form.

[30]) R.G. 27, 251.

[31]) So auch Staub, Anm. 62 zu § 368 H.G.B.

Die Frage ist nur die, ob der gute Glaube des Erwerbers imstande ist, diesem Eigentum zu verschaffen. Dies ist bestritten. Unbestritten ist natürlich, daß ein Käufer, der in freihändigem Verkauf eine Sache erstanden hat, und geltend macht, er habe, da der Verkäufer diese Art des Verkaufs benützt habe, eben angenommen, es sei diese Art vereinbart oder richterlich angeordnet, kein Gehör findet. Eine andere Frage ist aber die, ob, wenn feststeht, daß eine Vereinbarung oder Anordnung getroffen ist, dem Erwerber der Inhalt seines guten Glaubens, es sei eine Vereinbarung, bezw. Anordnung bestimmter Art getroffen worden, etwas nützt. Dies ist zu bejahen.[32]) Bloch will den § 1244 nicht anwenden, mit der Begründung, es sei aus der Stellung des § 1245 zu entnehmen, daß hier ein Schutz des guten Glaubens nicht stattfinden solle. Auch sei es in Wirklichkeit meist so, daß die Verabredung im Ausschluß der öffentlichen Versteigerung bestehe, und der Zweck des Gesetzes sei ja nur der, den Erwerber bei öffentlicher Versteigerung zu schützen, — bei freihändigem Verkauf liege dazu keine Veranlassung vor. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Schutz des guten Glaubens nicht in solch enge Fesseln geschlagen werden darf; es nehmen auch die §§ 1245, 1246 keine Sonderstellung ein. Die Wirkungen des Pfandverkaufs werden durch §§ 1242—1244 bestimmt. Es geht nicht an, den § 1242 anzuwenden, was Bloch tut, die Anwendung des § 1244 dagegen auszuschließen. Auch § 1244 muß analog angewendet werden, d. h. der Erwerber erlangt Eigentum, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, daß die Art und Weise, in welcher der Pfandverkauf vor sich ging, mit der zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger getroffenen Vereinbarung bezw. mit der richterlichen Anordnung übereinstimme. Auch aus den Motiven und Protokollen geht nichts Gegenteiliges hervor. Die Motive sagen: „es bleibt Sache des Erwerbers, sich zu vergewissern, ob dem Veräußerer diejenigen Rechte zustehen, welche zur rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der Veräußerung erforderlich sind".[33]) Staudinger[34]) konstruiert eine besondere Vergewisserungs**pflicht**. Dies geht

---

[32]) Ebenso Planck zu § 1245 Anm. 4 und § 1246 Anm. 3; Staudinger zu § 1245, Biermann zu § 1246. A.A. teilweise Dernburg § 272,2, bes. aber Bloch S. 60 ff.

[33]) Mot. III 832, vergl. auch Prot. III 482.

[34]) 3.—4. Aufl. S. 880 Note 1 d zu § 1244.

vielleicht zu weit, denn bei Verletzung dieser Pflicht würde immer grobe Fahrlässigkeit vorliegen. Der Erwerber wird auch hier, wie sonst im Sachenrecht nur nach allgemeinen Grundsätzen grobe Fahrlässigkeit zu vermeiden haben; wann solche vorliegt, ist Tatfrage. Jedenfalls benennt Bloch die Motive mit Unrecht als Argument für seine Ansicht. Er geht sogar so weit, den Eigentumserwerb eines gutgläubigen Erwerbers selbst dann zu bestreiten, wenn die verabredete Verkaufsform eingehalten war, aber dem Veräußerer kein Pfandrecht zustand. Nach dem Gesagten sicher mit Unrecht.

Anzufügen ist noch, daß rechtsgültige Vereinbarung freihändigen Verkaufs auch dem Konkurs des Schuldners gegenüber wirkt. [35])

c) Endlich sind noch anzufügen Fälle heilbarer formeller Nichtrechtmäßigkeit bei Verkauf gemäß den für Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften, § 1233 Abs. 2. Daß bei Mangel öffentlicher Versteigerung und Versteigerung durch unbefugte Person auch hier (entsprechend oben 1) unheilbare Nichtrechtmäßigkeit vorliegt, versteht sich von selbst. [36]) Aber es gibt auch hier Formfehler, die durch guten Glauben heilbar sind. Voraussetzung für diese Art des Verkaufs ist ein vollstreckbarer Titel gegen den Eigentümer. Zum Eigentumserwerb des Käufers ist erforderlich dessen guter Glaube an das Pfandrecht des Veräußerers, an das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels gegen den Eigentümer, und an das Befolgtsein der den §§ 1230 Abs. 2, 1237 Satz 1, 1240 Satz 1 entsprechenden Vorschriften der §§ 818, 816 Abs. 3, 820 Satz 1 Z.P.O. Die überwiegende Meinung spricht sich für die Heilbarkeit solcher Mängel aus. So sagt z. B. Petersen zu § 816 Z.P.O.: „Falls das Vollstreckungsgericht nicht noch rechtzeitig das Verfahren des Gerichtsvollziehers ändert, darf wegen eines Verstoßes gegen § 816 die Wirksamkeit der Versteigerung nicht angefochten werden, soweit es sich dabei um Fragen handelt, deren Entscheidung dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichtsvollziehers oblag. Ob eine Versteigerung, die der Gerichtsvollzieher eigenmächtig an einem anderen als dem vorgeschriebenen Ort, ohne öffentliche Bekanntmachung und unter Verstoß gegen

[35]) R.G. in Gruchots Beiträgen 48, 409.

[36]) Vergl. §§ 814, 821, 825, 820 Satz 2 Z.P.O.

Absatz 4 des § 816 oder gegen polizeiliche Vorschriften vornimmt, unwirksam ist, erscheint als zweifelhaft. Doch ist die Frage richtiger zu verneinen".[37])

Nichtrechtmäßig ist dieser Verkauf, wenn der vollstreckbare Titel fehlt.[38]) Liegt aber auch Nichtrechtmäßigkeit in dem Fall vor, wenn der Titel zwar da ist, aber sich nicht gegen den wahren Pfandeigentümer richtet? Es ist zweifelhaft, ob dem Pfandeigentümer hiebei der Schutz des § 1248 zustatten kommt. Dies wird aber zu bejahen sein, da man den § 1233 Abs. 2 doch zu den Pfandverkaufsvorschriften des B.G.B. zu rechnen hat; ein solcher Pfandverkauf ist also rechtmäßig.[39]) Liegt ein nichtrechtmäßiger Verkauf vor, wenn eine Sache, die der Pfändung nicht unterworfen ist (§ 811 Z.P.O.) gemäß § 1233 Abs. 2 verkauft wird? Das O.L.G. Köln hat diesen Verkaufsmodus für unzulässig erklärt.[40]) Wohl mit Recht bekämpft diesen Standpunkt Neumann[41]), denn § 1233 Abs. 2 verweist nicht auf die Vorschriften über die Pfändung, sondern nur auf die Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache.

Damit sind die Fälle formwidrigen Pfandverkaufs, die eine Nichtrechtmäßigkeit im technischen Sinn, teils mit, teils ohne Eigentumerwerbsverhinderung zur Folge haben, dargestellt.

3. Formwidrigkeiten, die keine Nichtrechtmäßigkeit zur Folge haben, und bei Verschulden nur zu Schadensersatz verpflichten, hat § 1243 Abs. 2 im Auge. Hieher sind zu rechnen Verstöße gegen die Vorschriften der §§ 1234[42]), 1236, 1237 Satz 2, 1238, 1241.

---

[37]) Ebenso Gaupp-Stein zu § 816 Nr. 1, Seuffert zu § 816, vergl. auch Crome III, 334, A.A. Struckmann-Koch zu § 816.

[38]) So jetzt auch Planck (opp. 1. und 2. Aufl.).

[39]) Ebenso Planck zu § 1233 Bem. 2a, α; Düringer-Hachenburg II, S. 526; Staudinger, Erl. 2 zu § 1248; Neumann Erl. 3 zu § 1248 und D.J.Z. 1901 S. 16 ff; A.A. Biermann, Bem. 2a zu § 1233 Endemann Bd. II, S. 925 § 139 Anm. 23; Gierke, Sachenrecht, S. 988 Anm. 88; Matthiaß § 70 S. 197 Anm. 1.

[40]) Rechtspr. des O.L.G., Bd. I, S. 432.

[41]) Bem. III, 7 zu § 1233. Ebenso Biermann und Staudinger zu § 1233.

[42]) Dies hat das O.L.G. Dresden noch besonders ausgesprochen. Vergl. Rechtspr. des O.L.G. Bd. 6 S. 126.

Zweiter Teil.

Die Wirkungen.

Die Wirkungen des Pfandverkaufs sind nicht nur Wirkungen der Pfandveräußerung, also Wirkungen des Erfüllungsakts, sondern auch Wirkungen des Pfandverkaufs im engeren Sinn, des Kaufvertrags, bezw. Zuschlags, also des Schuldbegründungsakts. Diese zwei Stadien sind auch beim Pfandverkauf zu unterscheiden. Liegt auch weitaus der wichtigste Teil der Wirkungen im Gefolge des Erfüllungsakts, so werden doch unter Umständen auch Wirkungen des Schuldbegründungsakts von einiger Bedeutung, und zwar insbesondere deshalb, weil sie durch eine Nichtrechtmäßigkeit hervorgerufen sind. Noch ein drittes Stadium ist aber beim Pfandverkauf zu beachten, nämlich das durch die Zahlung des Kaufpreises begründete. Naturgemäß hat die Zahlung des Kaufpreises beim Pfandverkauf eine höhere Bedeutung als beim gewöhnlichen Kauf. Im Gegensatz zum römischen Recht ist ja heute der Eigentumsübergang von der Kaufpreiszahlung unabhängig; in ungezählten Fällen fallen beide auseinander. Beim Pfandverkauf aber ist die Gewinnung des Erlöses so sehr in den Vordergrund gestellt, daß § 1238 direkt vorschreibt, daß das Pfand nur mit der Bestimmung verkauft werden darf, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat. Eben aus dieser Vorschrift ergibt sich auch, daß das Stadium des Schuldbegründungsakts praktisch von geringerer Bedeutung sein wird, da es auf diese Weise zu kurzem Leben verurteilt ist. Seine Wirkungen für unsere Materie zeigen sich aber in folgenden Fällen:

Es ist im Falle eines rechtmäßigen Pfandverkaufs nicht bestritten, daß wenn auch Eigentum freilich erst durch Übergabe übergeht, doch der Zuschlag schon die Bedeutung hat, daß der Verpfänder jetzt nicht mehr berechtigt ist, das Pfandobjekt einzulösen, und daß andererseits der Pfandgläubiger von diesem Zeitpunkt an seine persönliche Forderung nicht mehr geltend machen darf. Ist ein Pfandverkauf nun nicht rechtmäßig, so ist in dem Falle, daß Eigentumserwerb des Käufers selbst bei gutem Glauben ausgeschlossen ist, ganz klar, daß beiderlei Rechte durch den Zuschlag unberührt bleiben; aber auch in den Fällen einer heilbaren Nichtrechtmäßigkeit kann ja der gute Glaube des Käufers durch Hinweis auf den Fehler jederzeit zerstört werden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in

diesem Fall trotz Zuschlags beiderlei Rechte ausgeübt werden können. Dies ist eine direkte Wirkung der Nichtrechtmäßigkeit. Dasselbe gilt entsprechend für den freihändigen Verkauf.

Weiter ist eine vorliegende Nichtrechtmäßigkeit des Schuldbegründungsakts von Wichtigkeit für die Ausübung des Einlösungsrechts. Wie dem Eigentümer, steht auch jedem anderen Dinglichberechtigten das Einlösungsrecht zu. Das B.G.B. ist auf die Frage, ob das Einlösungsrecht schon mit dem Schuldgründungsakt oder erst mit dem Erfüllungsakt verloren geht, nicht eingegangen, weil sie nur geringe praktische Bedeutung habe.[1]) Hier darf an dieser Frage aber nicht vorübergegangen werden, denn es muß doch mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß nach Zuschlag bezw. Abschluß des Kaufvertrags und insbesondere nach einem nichtrechtmäßigen ein Dinglichberechtigter vor erfolgter Übereignung noch die Sache einlösen will. In Anwendung allgemeiner Grundsätze wird man sagen müssen, daß das Einlösungsrecht gerade so lange besteht, wie das dingliche Recht des Betreffenden selbst. Folglich geht es erst verloren, wenn dies selbst untergeht. Dies aber erfolgt mit der Übereignung.[2]) Ist der Pfandverkauf rechtmäßig, so kann aber eine Einlösung nur erfolgen, wenn der Einlösende den Pfandgläubiger von seiner Verpflichtung dem Erwerber gegenüber befreit.[3]) Ist der Verkauf ein nichtrechtmäßiger, so ist eine solche Befreiung nicht zu verlangen, wenn ein materieller Mangel vorliegt; aber auch bei formellem Mangel nicht — meist findet hier ja Eigentumserwerb des Käufers überhaupt nicht statt — denn der formelle Mangel schlägt nur im Verhältnis von Pfandgläubiger zu Pfandschuldner zugunsten des Pfandgläubigers aus, nicht auch im Verhältnis des Pfandgläubigers zu den Dinglichberechtigten.

An dieser Stelle mag auch kurz auf den Weg der Rechtsentwicklung hingewiesen werden. Es liegt die Frage nahe, ob denn nicht auch der Pfandeigentümer das schutzbedürftige Interesse habe, die Nichtrechtmäßigkeit des Schuldbegründungsakts geltend zu machen, um durch Verhinderung des Erfüllungsakts sich vor Schaden zu bewahren. Gewiß hat er dieses Interesse. Das römische Recht hat darum gerade im Falle eines nichtrechtmäßigen Pfandverkaufs eine in integrum restitutio häufig zugelassen.[4]) Heute hat der Pfandeigentümer kein Anfechtungsrecht, er braucht

---

[1]) Mot III, 816.

[2]) A.A. Dernburg, Pfandrecht II 169, der vom Kaufabschluß an Einlösung nicht mehr zuläßt.

[3]) So auch Mot. III, 816.

[4]) Abgesehen vom Fall einer Benachteiligung Minderjähriger war sie am häufigsten bei fraudulosem Verkauf gegeben, vergl. lex 2, cod. 5, 71.

es aber auch nicht, denn gegen Kollusion ist er vom Gesetz geschützt durch die Vorschriften über Öffentlichkeit, öffentliche Bekanntmachung, Erreichen von Gold- und Silberwert, Börsen- und Marktpreis u. s. w. Sollte aber einmal trotzdem ein Fall von Kollusion vorkommen, so bedarf es abermals keines besonderen Rechtes für den Verpfänder, denn dann wäre ein solcher Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig.[5])

Endlich ist noch auf folgenden Fall aufmerksam zu machen: Wenn der betreibende Pfandgläubiger nach erfolgtem Zuschlag, aber bei Unterlassung sofortiger Kaufpreisentrichtung vor dem Schluß des Versteigerungstermins gemäß § 1238 von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung Gebrauch macht, so kann er, wenn er nunmehr nach Zuschlag des Pfandes an einen anderen einen Ausfall erleidet, im Falle rechtmäßigen Pfandverkaufs regelmäßig den ersten Kontrahenten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Eine Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs hat nun die Wirkung, daß ein solcher Anspruch unter allen Umständen ausgeschlossen ist.

Die Hauptsache bilden aber die Wirkungen des Erfüllungsakts, denen die folgenden Untersuchungen gewidmet sein sollen. Es handelt sich dabei, den Leistungen der Kontrahenten entsprechend, um das Schicksal der verpfändeten Sache einerseits, und um das Schicksal des Erlöses andererseits. Es soll mit der Übergabe nach dem Willen des Gesetzes zwar die Kaufpreiszahlung gleichzeitig erfolgen, allein möglich ist jedoch auch Übergabe ohne Barzahlung, sowie Barzahlung ohne Übergabe. Alles Punkte, die bei Untersuchung der Wirkungen für die verschiedenen Interessenten zu berücksichtigen sind. Die Interessenten selbst aber sind folgende: Erwerber, betreibender Pfandgläubiger, Pfandeigentümer, und die durch vorgehende oder nachstehende Rechte an der verpfändeten Sache beschränkt dinglich Berechtigten.

Erster Abschnitt.

Das Schicksal der verpfändeten Sache.

Es handelt sich hier um die Fragen des Eigentumserwerbs und der Mängelansprüche.

---

[5]) Dernburg war freilich fürs gemeine Recht in dieser Hinsicht anderer Meinung. Er sagt Pf.R. II 152: „Selbst wenn der Verkäufer dolos handelte, selbst wenn er mit dem Käufer kolludierte, bleibt Verkauf und Eigentumsrecht bestehen, denn das Verkaufsrecht bleibt unabhängig von dem gehörigen Gebrauche."

Was die erstere betrifft, so war nach gemeinem Recht der Eigentumserwerb des Käufers davon abhängig, daß der Verpfänder Eigentümer war und daß der Verkäufer das Verkaufsrecht auf Grund eines gültigen Pfandrechts hatte.[1]) Heute wird der Erwerber viel mehr geschützt. Es ergibt sich die Beantwortung der Frage aus den vorgenommenen Untersuchungen über die Nichtrechtmäßigkeit. Der Käufer erwirbt, wenn er gutgläubig ist, in sämtlichen Fällen materieller Nichtrechtmäßigkeit — denn solche Mängel sind seiner Kenntnis in der Regel entzogen — das Eigentum, ferner im Gebiete der formellen Nichtrechtmäßigkeit in den Fällen des Mangels einer öffentlichen Bekanntmachung und des Verstoßes gegen Vereinbarung oder Anordnung. Im letzteren Fall erwirbt er auch dann Eigentum, wenn ein unzuständiges Gericht die Anordnung getroffen hatte.[2]) In den anderen Fällen formeller Nichtrechtmäßigkeit schließt das Gesetz einen Eigentumserwerb unter allen Umständen aus. Es ist natürlich sehr wohl möglich, daß der Erwerber, der nicht Eigentümer geworden ist, die Sache an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert. Dann wird dieser — ausgenommen der Fall eines vorhergegangenen unfreiwilligen Besitzverlusts — unanfechtbarer Eigentümer. Ist der Erwerber aber noch im Besitz, so ist er herausgabepflichtig. Der Pfandgläubiger haftet ihm dann wegen Nichterfüllung (§ 440), da er nicht imstande ist, die Leistung des verkauften Gegenstandes zu bewirken. Besonders liegt der Fall, wenn der Käufer erfährt, daß er wegen wesentlichen Formfehlers nicht Eigentümer geworden ist. Nun ist er in der unsicheren Lage, ob ihm die Sache, und wann sie ihm abvindiziert wird. Er muß darum die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Pfandsache verlangen dürfen. Nur wenn ihm noch böser Glaube vorgeworfen werden kann, ist ihm dies zu versagen.

Bei § 932 ff. hilft guter Glaube im Falle unfreiwilligen Besitzverlusts nichts (§ 935). In § 1244 ist dagegen gesagt, daß, wenn die übrigen Voraussetzungen eingehalten sind, der Erwerber bei gutem Glauben an das Pfandrecht des Veräußerers Eigentum erwirbt. Wenn das Objekt gestohlen war, so hat der Pfandgläubiger, mag er guten oder schlechten Glaubens gewesen sein, kein Pfandrecht erworben. Wenn aber der Erwerber, dem er dann verkauft, an das Pfandrecht glaubt, so erwirbt er Eigentum. Bedarf dieser Erwerb noch einer besonderen Rechtfertigung? Die Motive[3]) lehren, daß der Eigentumserwerb des

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. I § 282.

[2]) RG. 61 S. 333.

[3]) III, S. 832. Auch Staub zu § 368 Anm. 68; und Dernburg III, S. 925.

Käufers auf dem Umstand beruhe, daß er in öffentlicher Versteigerung erworben habe; es komme also auch hier § 935 Abs. 2 zur Anwendung und er sei auf den Fall freihändigen Verkaufs ausgedehnt. Sie beziehen sich damit aber auf einen Paragraphen, der in § 1244 gar nicht zitiert ist. Mit Recht macht Bloch[4]) darauf aufmerksam, daß § 935 überhaupt nicht in Frage kommen kann. Bei § 932 ff. handelt es sich um guten Glauben an das Eigentum, bei § 1244 um guten Glauben an die Veräußerungsmacht oder Verfügungsbefugnis. Der Umstand, daß es sich um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt, kommt also hinsichtlich des Eigentumserwerbs nach § 1244 gar nicht in Betracht, da § 935 für den § 1244 überhaupt als nicht vorhanden anzusehen ist. Ist also § 935 Abs. 1 nicht imstande, den Eigentumserwerb des vom angeblichen Pfandgläubiger gutgläubig Erwerbenden auszuschließen, so bedarf es auch nicht der Hilfe des Absatz 2, um den Eigentumserwerb wiederum zu ermöglichen. Das Resultat des Eigentumserwerbs wird einfach dadurch erreicht, daß §§ 932—934 für anwendbar erklärt sind, also der Schutz des guten Glaubens ausgedehnt ist vom Glauben an das Eigentum auf den Glauben an die Verfügungsbefugnis. Die Motive selbst sagen ja übrigens (S. 832): „Ähnliche Gründe, wie diejenigen, welche dafür sprechen, dem Erwerber die Gefahr der Prüfung abzunehmen, ob sein Veräußerer Eigentümer der Sache sei, sprechen für eine gleichartige Begünstigung des von dem Pfandgläubiger Erwerbenden in Ansehung der Prüfung der Frage, ob dem Veräußerer das dingliche Veräußerungsrecht, welches derselbe sich beilegt, zusteht. Ohne eine solche Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens würde das Ergebnis des Pfandverkaufs zum Nachteil sowohl des Pfandgläubigers als des Eigentümers durch die Ungewißheit des Erwerbs ungünstig beeinflußt werden." Es kommt gar nicht darauf an, ob der Erwerber hinsichtlich des Eigentums gutgläubig ist oder nicht. Auch wenn er gewußt hat, daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist, erwirbt er Eigentum an der Sache: der wahre Eigentümer kann ja der Verpfändung zugestimmt haben. Es ist aber überhaupt nicht zu prüfen, ob der Erwerber dies gutgläubig angenommen hat.[5])

Wenn der Käufer das Eigentum erwirbt, so ist damit noch nicht ausgesprochen, daß er es bei Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs auch frei von Rechten erwirbt. Das Gesetz schweigt. Planck[6]) verneint es,

---

[4]) S. 52.

[5]) So mit Recht R.G. 59, 368; Rechtspr. d. O.L.G. 6, 126.

[6]) Bem. 3 b zu § 1244.

weil es das Gesetz nicht ausdrücklich ausspreche, und der Erwerber nur Schutz verdiene, soweit er gutgläubig sei. Die h. M. nimmt aber gegen Planck Stellung. Treffend sagt Biermann (zu § 1244): „Der dem § 1244 zugrunde liegende Gedanke ist doch wohl der, den guten Glauben des Erwerbers in dem Sinn zu schützen, daß der Erwerber ebenso gestellt wird, als wäre der Inhalt seines guten Glaubens Wahrheit. Der gute Glaube des Erwerbers geht aber dahin, Eigentum durch Pfandveräußerung erworben zu haben", d. h. also so, wie beim rechtmäßigen Pfandverkauf, also frei von selbst ihm bekannten Rechten. So sagt auch Crome:[7]) „Wenn die Sache als Pfand veräußert ist, ist der Erwerber auch hinsichtlich des Erlöschens der ihm bekannten Pfandrechte gutgläubig, soweit er nach § 1242 auf deren Erlöschen rechnen darf. Und darin verdient er Schutz. Gewährte § 1244 diesen Schutz nicht, so wäre er fast überflüssig." Der Erwerber erwirbt also die Sache frei von ihm bekannten Rechten, und darüber hinaus frei von denjenigen, hinsichtlich deren er in gutem Glauben ist.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob der Erwerber im Pfandverkauf alle Rechte eines gewöhnlichen Käufers hat, d. h. insbesondere, ob ihm in jedem Fall die Mängelansprüche zustehen. Es ist zu prüfen, ob und wie sich die Mängelansprüche des Pfandkäufers von denen eines gewöhnlichen Käufers unterscheiden, und vor allem, ob die Nichtrechtmäßigkeit der Veräußerung geeignet ist, irgendwelche Unterschiede herbeizuführen. Es handelt sich hier um obligatorische Wirkungen; indessen auf die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts über die Mängelrüge einzugehen, erübrigt sich hier.

Was den Einfluß der Rechtsmängel betrifft, so wird eine Haftung für Eviktion dem Erwerber einer Pfandsache gegenüber praktisch äußerst selten sein, denn 1. erlöschen nach § 1242 Abs. 2 alle Pfandrechte an der Sache, ebenso 2. der nicht rangerste Nießbrauch, ferner 3. sogar dieser, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Nur dann erlischt er nicht, wenn er bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war. § 439 Abs. 1 wird durch § 936 also aufs äußerste eingeschränkt. Dies ist der einzige Fall, in dem ein Rechtsmangel erheblich werden kann, und zwar wird hier durch Nichtrechtmäßigkeit ein Unterschied nicht begründet.

Anders bei den Ansprüchen wegen Sachmangels. Die Kommentare verweisen bei § 1242 auf § 461, unterlassen es aber, bei § 1244

---

[7]) III S. 855 Note 73. Ebenso Kipp S. 1085; Stobbe-Lehmann § 170 S. 351; Staudinger zu 1244; Bloch S. 54.

über die Frage der Gewährleistung zu sprechen. Es scheint also die allgemeine Ansicht zu bestehen, daß im Falle der Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs der Pfandgläubiger in gewöhnlicher Weise für Sachmängel hafte.[8]) Die Frage verdient aber nähere Untersuchung, denn § 461 ist verschiedener Auslegung zugänglich und leicht tauchen ungewollte Resultate auf. Wie einerseits eine strenge Auslegung des § 461 sogar im Falle der Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs dazu führt, den Pfandgläubiger selbst dann nicht für Gewährleistung haften zu lassen, wenn er ausdrücklich Eigenschaften zugesichert hatte,[9]) also ihn zu gut behandelt, so ist andererseits das argumentum e contrario zu streng, das die h. M. für die Haftung des Pfandgläubigers für den Fall der Nichtrechtmäßigkeit der Veräußerung zieht. Es fehlt absolut der kausale Zusammenhang von Nichtrechtmäßigkeit der Veräußerung und Gewährleistung für Sachmängel. Die h. M. bedarf noch mindestens einer Begründung; sie wird aber überhaupt bekämpft. Bloch z. B. legt den § 461 so aus, daß dieser Paragraph, und damit Freiheit von Haftung immer dann Platz greift, wenn ein gültiges Pfandrecht vorhanden ist, also auch dann, wenn sonst die Erfordernisse der Rechtmäßigkeit nicht gegeben sind.

Welcher Standpunkt scheint nun im Sinne des Gesetzes zu liegen und praktisch brauchbar zu sein?

Zweifellos ist, daß im Falle freihändigen Verkaufs mangels jeder anderen Vorschrift Gewährleistungshaftung stattfindet. Will man aber sonst der streng nach dem Wortlaut sich richtenden Auslegung Blochs folgen, so steht man vor Willkürlichkeiten, die das Gesetz doch nicht wohl beabsichtigen kann. Dann würde der Pseudopfandgläubiger, der kein Pfandrecht hatte, für Sachmängel haften, während z. B. ein Gläubiger, der tatsächlich ein Pfandrecht hatte, aber die Pfandsache nichtrechtmäßig vor Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung verkaufte, nicht haften würde. Was den Unterschied begründen soll, sucht man vergebens. Mehr zu bewähren scheint sich die h. M., die, obwohl sie es nicht ausspricht, das in § 461 verlangte gültige Pfandrecht nur als einen Fall der Nichtrechtmäßigkeit behandelt, nicht als eine Art Oberbegriff, so daß, wenn nur ein gültiges Pfandrecht da ist, es an allem anderen fehlen dürfte. Ein Fall der Nichtrechtmäßigkeit, muß sie sagen, ist in § 461 genannt, die anderen nicht, infolgedessen haftet der Pfandgläubiger dem Erwerber

[8]) So wohl auch Dernburg III, Anm. 3 S. 925.

[9]) Diese Frage fällt außerhalb des Rahmens unserer Darstellung. Die h. M. nimmt übrigens mit Recht eine Haftung bei Zusicherung an. Vergl. Planck zu § 461; Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 43 S. 313 ff; Enneccerus-Lehmann I S. 603; Dernburg II § 184; Crome S. 453, Anm. 75.

also auch in den anderen Fällen. Damit bleibt die h. M. aber stehen, sie versäumt es, der ratio legis auf den Grund zu gehen und die einzelnen Fälle der Nichtrechtmäßigkeit zu unterscheiden. Warum soll im Fall der Nichtrechtmäßigkeit der Pfandgläubiger haften? Aus der Existenz des § 461 ließe sich geltend machen, es sei an sich lediglich Sache des Eigentümers, nicht des Pfandgläubigers, dafür zu sorgen, daß die Sache keine Mängel aufweise, wie könnte der Umstand der Nichtrechtmäßigkeit diese Pflicht des Eigentümers auf den Pfandgläubiger überwälzen?! Dem ist zu erwidern, daß eben der Pfandgläubiger Verkäufer ist, und die Sache, die er in Händen hat, auch untersuchen kann. Was ist dann der Grund, daß einem Pfandgläubiger, der die Pfandsache in öffentlicher Versteigerung auf Grund Pfandrechts verkauft, vom Gesetz die Haftung erlassen wird? Darüber müssen die gesetzgeberischen Vorarbeiten Aufschluß geben. Nicht viel läßt sich aus den Motiven entnehmen. Sie sagen anläßlich der Besprechung des (übrigens später in dieser Form gestrichenen) § 395 I E:[10]) „Die Vorschrift beruht auf der notwendigen Berücksichtigung der Stellung des Schuldners wie des betreibenden Pfandgläubigers bei Veräußerungen im Wege der Zwangsvollstreckung." Genaueres über diese Stellung sagen sie nicht. Wohl aber die Protokolle.[11]) Aus ihnen geht hervor, daß sich die Kommission den Bedenken nicht verschloß, daß das dem Pfandgläubiger eingeräumte Befriedigungsrecht den vollen Wert für ihn dann nicht haben könne, wenn er Gefahr laufe, demnächst durch die Gewährleistung wegen vorhandener Mängel Schaden zu erleiden. Die Würdigung dieses Umstands überwog dann den Einwurf, daß der Pfandgläubiger, weil er ja im Besitz der Sache sei, die Möglichkeit habe, sie zu untersuchen, daß also im Gegensatz zu einer Pfändung durch den Gerichtsvollzieher — wo diese Möglichkeit nicht bestehe, — eine Haftung des Pfandgläubigers doch wohl zu rechtfertigen sei. Man konnte dem ersten Grund Rechnung tragen, weil man die Möglichkeit hatte, den Pfandgläubiger von der Haftung für Sachmängel zu befreien, ohne den Erwerber zu schädigen. Bei öffentlicher Versteigerung wissen die Kauflustigen, um was es sich handelt; sie wissen, daß dies ein Verkauf unter besonderen Bedingungen ist, und sie haben die Möglichkeit, im Bewußtsein, daß ihnen eine Mängelrüge nicht zusteht, weniger zu bieten, während im Gegensatz dazu bei freihändigem Verkauf, wo der Pfandgläubiger den vollen Wert bezw. Preis erhalten muß, diesem eine Haftung für Mängel nicht erlassen zu werden braucht, und mit

---

[10]) Mot. II, S. 237—238.

[11]) Prot. III, S. 481—482.

Rücksicht auf den Käufer nicht erlassen werden darf. Als Grund aber, warum im Fall eines Pfandverkaufs in öffentlicher Versteigerung auf Grund eines gültigen Pfandrechts der Pfandgläubiger für Sachmängel nicht haftet, läßt sich nach dem Gesagten die Zwangs- oder Notlage des Pfandgläubigers bezeichnen. Dies spricht auch Dernburg[12]) mit den Worten aus: „Notwendiger Verkauf entbindet von Haftung für Mängel."

Die Erkenntnis, daß dem Pfandgläubiger die Haftung für Mängel dann erlassen ist, wenn er, um Befriedigung zu erlangen, gezwungen ist, zum Verkauf zu schreiten, und zwar, wenn er objektiv gezwungen ist, bietet den Schlüssel für die Behandlung der Fälle der Nichtrechtmäßigkeit. Einen dieser Fälle hat das Gesetz in § 461 selbst entschieden, nämlich den Fall mangelnden Pfandrechts. Hat der angebliche Pfandgläubiger kein Pfandrecht, so befindet er sich nicht in einer Lage, in der ihm, um zur Befriedigung zu gelangen, nichts anderes übrig bleibt, als der Verkauf. (Denn objektiv besteht diese Zwangslage nicht.) Damit entfällt die für einen Ausschluß der Haftung maßgebende ratio, und das Gesetz verlangt selbst dem Wortlaut nach Haftung. Prüft man die weiteren Fälle der Nichtrechtmäßigkeit, so zeigt sich, daß von einer objektiven Zwangslage im Falle mangelnder Fälligkeit der Forderung keine Rede ist; das weiß der Pfandgläubiger, oder muß wissen, daß er sich in keiner Zwangslage befindet, in der ihm der Verkauf erlaubt ist. In diesem Fall haftet er also auch für Sachmängel;[13]) er hat das Befriedigungsrecht, das ihm das Gesetz durch Mängelansprüche nicht schmälern lassen will, noch nicht gehabt. Er haftet aus demselben Grunde, wenn seine Forderung noch nicht in eine Geldforderung übergegangen war, und er haftet, wenn er im Übermaß Pfandobjekte veräußerte. In gewissen Fällen läßt sich feststellen, welche Stücke als im Übermaß verkauft anzusehen sind, — dann haftet er für deren Mängel; ist dies nicht möglich, so haftet er durchweg.

Aber nur soweit läßt sich bei den Fällen materieller Nichtrechtmäßigkeit eine Haftung begründen. Wird nämlich eine Sache in öffentlicher Versteigerung unter dem Gold- bezw. Silberwert, oder unter dem Börsen- und Marktpreis verkauft, so läßt sich nicht bestreiten, daß doch tatsächlich für den betreibenden Pfandgläubiger die Zwangslage, die ihm den Verkauf erlaubte, objektiv gegeben war. Diese hat mit der gesetzlichen Verfügungsbeschränkung, die Sache nicht unter einer gewissen Summe

---

[12]) Obl.R. II § 184 VII.

[13]) Es gilt für diesen und die noch aufzuführenden Fälle der römische Satz: Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.

zu verkaufen, nichts zu tun. Daß darunter verkauft wurde, ist ein Mangel, der infolge der ratio legis des § 461 hier mit den übrigen materiellen Mängeln nicht gleich behandelt werden kann. Daher haftet der Pfandgläubiger in diesem Falle nicht. Daß der Fall eines Verkaufs unter Preis bezw. Wert in öffentlicher Versteigerung ein überaus seltener sein wird, bedarf keiner Betonung.

Was den Mangel öffentlicher Bekanntmachung anbetrifft, so lag auch hier objektiv die Zwangslage vor. Der Umstand, daß wegen dieses Mangels vielleicht weniger Kauflustige gekommen sind, ist für die Frage der Mängelhaftung nicht relevant; die erschienenen Kauflustigen wissen ja, daß es sich um Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung handelt. Also tritt keine Haftung ein. Die Frage der Gewährleistung für Sachmängel beim nichtrechtmäßigen Pfandverkauf ist, das läßt sich nicht leugnen, vom Gesetz nicht genügend berücksichtigt worden; sie ist zwischen zwei Stühle — Obligationen- und Sachenrecht — gefallen.

Für den Fall des Verkaufs nach § 1233 Abs. 2 gilt Z.P.O. § 806.

Es sind nun noch die Wirkungen in den besonderen Fällen zu betrachten, in denen Übergabe der Sache und Zahlung des Kaufpreises zeitlich nicht zusammenfallen.

Zunächst der Fall einer Übergabe ohne Barzahlung. Dieser Fall ist für den Erwerber ohne weitere Bedeutung. Wenn er die Sache hat, ist er befriedigt; die Fiktion des § 1238 äußert ihre Wirkung für und gegen die anderen Interessenten. Eine Frage aber, die damit im Zusammenhang steht, erheischt Beantwortung und ist von gleicher Wichtigkeit für rechtmäßigen und nichtrechtmäßigen Pfandverkauf. Der Käufer ist zwar zweifellos Schuldner des betreibenden Pfandgläubigers geworden; kann er aber etwa auch vom Pfandeigentümer in Anspruch genommen werden? Etwa, sofern der Erlös einen Überschuß erbringt? Es ist zwar unbestreitbar, daß dem Pfandgläubiger als Verkäufer die Forderung auf den gesamten Kaufpreis zusteht. Stobbe-Lehmann [14]) vertritt aber die Ansicht, daß, soweit der Erlös einen Überschuß erbringe, der Pfandeigentümer zusammen mit dem Pfandgläubiger eine Gesamtforderung gegen den Käufer erlange. Diese Ansicht muß als der abgelehnten Vertretertheorie entspringend, abgelehnt werden.

Der Pfandgläubiger ist nicht Vertreter des Pfandeigentümers. Zahlt der Käufer den Übererlös direkt an den Pfandeigentümer, so haftet er dem Pfandgläubiger als Geschäftsführer. Für den Käufer besteht

[14]) II 349.

nicht nur keine Pflicht, an den Pfandeigentümer zu zahlen, sondern er hat gar kein Recht dazu.[15]) Es bleibt also dabei, daß wie bei jedem Kauf, so auch hier die Wirkungen des Kaufvertrags allein zwischen Verkäufer und Käufer eintreten. Es schneidet ja auch eben zu diesem Zweck die Fiktion des § 1238 alle Forderungen von Dinglichberechtigten gegen den Käufer von vornherein ab.

Selten wird der Fall sein, daß der Käufer zahlt, ehe er die Sache in Händen hat. Der Fall ist in der Weise denkbar, daß ein Verhältnis gemäß § 868 geschaffen wird, daß der Käufer durch constitutum possessorium also schon Eigentümer geworden ist. Liegt aber eine solche Abmachung nicht vor, so behält eben der Käufer seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung, kann aber, falls er vor Übereignung von einer Nichtrechtmäßigkeit hört, Eigentum nicht mehr erwerben, weil er dann seinen guten Glauben nicht mehr hat. Den gezahlten Kaufpreis kann er dann kondizieren.

Möglich ist, — was nach römischem Recht unzulässig war, — daß der Erwerber kein Dritter, sondern der Pfandeigentümer selbst ist. Die Motive[16]) vertreten die Ansicht, daß hier der Erwerb nicht im Eigentum, sondern in einem minderen, nämlich in der Befreiung des Eigentums von (durch den Pfandverkauf erlöschenden) Rechten bestehe. Jacubetzky[17]) nimmt an, daß der Pfandeigentümer sein bisheriges Eigentum verliere und von neuem Eigentum erwerbe. Die zweite Kommission[18]) hat sich dem angeschlossen. Richtiger scheint aber die Ansicht der Motive zu sein, denn, wenn man auch davon absieht, daß der Verpfänder dem Pfandgläubiger im Pfandvertrag nicht das Recht eingeräumt hat, sein Eigentum untergehen zu lassen, sondern es zu übertragen, so dürfte der rangerste Nießbrauch nicht bestehen bleiben, sondern müßte mit dem Eigentum des Pfandeigentümers untergehen; das Gesetz steht aber doch auf anderem Standpunkt. Es ist folglich auch zu bestreiten, daß der Pfandeigentümer, welcher vor dem Pfandverkauf nur anfechtbares Eigentum besessen hat, durch den Pfandverkauf der Erwerber von unanfechtbarem Eigentum wird.

[15]) Ein solches könnte man allerdings aus der Ausdrucksweise der Motive III 833 abzuleiten versuchen, die von einer Befriedigung des Pfandgläubigers „im Wege der von selbst sich verstehenden Aufrechnung" reden, nämlich einer Aufrechnung der Pfandschuld mit einer Forderung des Pfandeigentümers auf den Kaufpreis. Aus den erwähnten Gründen ist darum auch diese Konstruktion der Motive anfechtbar.

[16]) III 826.

[17]) Bemerkungen S. 292.

[18]) Prot. III, 480. Ebenso Planck und Staudinger zu § 1239.

Endlich der Fall — was im römischen Recht wiederum nicht möglich war,[19]) daß der Erwerber der Pfandgläubiger selbst ist.[20]) Hat der Umstand der Nichtrechtmäßigkeit speziell für diesen Fall besondere Wirkungen? Es kann nur bemerkt werden, daß ein Eigentumserwerb im Fall der Identität von Erwerber und Pfandgläubiger, wenn Nichtrechtmäßigkeit vorliegt, sehr selten sein wird, denn meist wird der gute Glaube fehlen. Am ehesten wird dieser noch vorhanden sein, wenn die Nichtrechtmäßigkeit in der Unterlassung der öffentlichen Bekanntmachung besteht; hier liegt aber leicht Kollusionsgefahr vor. Viel ist Tatfrage. Nach allgemeinen Grundsätzen erwirbt, wer sich als Käufer im Besitz der Sache befindet, dann Eigentum, wenn er zur Zeit der Veräußerung gutgläubig ist und den Besitz vom Veräußerer erlangt hat. Der letzte Punkt fällt natürlich hier weg; aber gutgläubig muß er noch zur Zeit der Veräußerung sein. Dies ist etwas ganz anderes als der Umstand, daß es der Rechtmäßigkeit der Veräußerung keinen Eintrag tut, wenn der Pfandgläubiger, nachdem er einmal ein gültiges Pfandrecht hat, schlechtgläubig wird, ehe es zum Verkauf kommt, denn wenn er mit dem Erwerber identisch ist, kommt es auf dessen guten Glauben an, und der ist bis zuletzt erforderlich.

Zweiter Abschnitt.

Das Schicksal des Erlöses.

1. Kapitel.

Beim rechtmäßigen Pfandverkauf.

Die Pfandsache ist veräußert. Der Erwerber hat, wie zunächst angenommen werden soll, den Kaufpreis bar erlegt. Nun streckt sich unter Umständen eine stattliche Zahl von Händen nach dem Erlös. In

---

[19]) Dernburg, Pand. I § 281 Ziff. 4.

[20]) Es besteht ein alter, aber praktisch wertloser Streit über die Konstruktion. Ist ein Selbstkontrahieren anzunehmen, oder eine impetratio dominii? Ersteres wird abgelehnt, weil der Pfandgläubiger nicht Vertreter sei, letzteres wird abgelehnt, weil dominii impetratio im römischen Recht nur dann eingetreten sei, wenn sich überhaupt kein Käufer gefunden habe, hier aber im Gegensatz zum römischen Recht der Erwerb durch den Pfandgläubiger zulässig sei, und das auch dann, wenn andere Käufer vorhanden seien. Gegen beiderlei Gründe läßt sich nichts einwenden. Es wird aber nichts im Wege stehen, von einer dominii impetratio, wenn auch in übertragenem Sinne, zu sprechen. Mehr Recht ist jedenfalls auf dieser Seite.

erster Linie will der betreibende Pfandgläubiger sich daraus befriedigen, deshalb hat er ja verkauft, aber auch der Pfandeigentümer lebt der Hoffnung, daß mehr erlöst werde als seine Schuld beträgt, und für ihn noch etwas abfällt. Immerhin entsteht bei solcher Sachlage noch kein Streit. Wie aber, wenn sich dritte Personen melden und als Pfandgläubiger oder Nießbraucher zuerst die Hände auf den Erlös legen wollen? Und weiter kommt es vor, daß der, der den Erlös bezahlt hat, der Pfanderwerber, ihn wieder zurück will, weil er nicht auf seine Rechnung gekommen ist. Leicht entsteht hier Streit um den Erlös. Leider aber bestimmt das Gesetz nicht wie bei der Immobiliarzwangsversteigerung in zweifelsfreier Weise die Art der Teilung und auch die Wissenschaft schlichtet solchen Streit keineswegs einmütig. Der Kampf um den Erlös ist vielmehr das Gebiet, in dem bei der ganzen Lehre von der Pfandverwertung der Kampf der Meinungen am heftigsten ist. Hier gilt es Klarheit zu schaffen, und ausgehend von bereits Erkanntem die Anwendung und Tragweite des vom Gesetz aufgenommenen Surrogationsprinzips darzulegen.

„Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes."

Mit diesen letzten Worten des § 1247 spricht das Gesetz das Surrogationsprinzip aus.[1]) Dies soll also gelten, soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung nicht gebührt. Wann dies aber der Fall ist, d. h. der Umfang dieses Prinzips, ist eine sehr bestrittene Frage. Nicht uneingeschränkt gilt der Satz: pretium succedit in locum rei.[2]) Würde er unbeschränkt gelten, also das Prinzip rein durchgeführt sein, so müßte der Pfandeigentümer Alleineigentümer des Erlöses werden, und an diesem würde dann das Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers fortbestehen. Dies erschien dem Zweck des Pfandverkaufs ebensowenig entsprechend, wie eine völlige Ablehnung des Surrogationsprinzips, die den Alleineigentumserwerb des Pfandgläubigers am ganzen Erlös zur Folge gehabt hätte. Die etwaigen Dinglichberechtigten sollten auch nicht bloß auf Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche gegen den betreibenden Pfandgläubiger angewiesen sein.

Inwieweit greift nun Surrogation durch? Daß es beim nichtrechtmäßigen Pfandverkauf anders sein wird als beim rechtmäßigen, liegt auf

[1]) Mot. III, 833.

[2]) Der Schöpfer dieses Prinzips war Publius Juventius Celsus. Vergl. lex 20 § 6 Dig. 5, 3.

der Hand. Gerade aus diesem Grund kann aber von einer Untersuchung der Wirkungen des rechtmäßigen Pfandverkaufs für den Pfandgläubiger hier keinesfalls Umgang genommen werden. Eine Stellungnahme hinsichtlich der beim rechtmäßigen Pfandverkauf über die Frage des Eigentumserwerbs des Pfandgläubigers am Erlös auftretenden Streitfragen bildet eine notwendige Grundlage jeder Entscheidung für den Fall der Nichtrechtmäßigkeit.

Unbestritten und unbestreitbar ist, daß dem Pfandgläubiger der Erlös in Höhe seiner Forderung zu eigen gehört, wenn keine Rechte Dritter ihm vorgehen. Rechte Dritter stehen ihm nicht im Wege, entweder, wenn sein Recht das einzige ist, oder, wenn die Sache nur mit nachstehenden Rechten belastet ist. Es wird der Fall, daß der Pfandgläubiger genau soviel erlöst, als seine Forderung beträgt, sehr selten sein. Erlöst er weniger, so erwirbt er Eigentum am Empfangenen und behält seine Forderung, soweit er nicht gedeckt ist. Meist wird er mehr erlösen. In diesem Fall greifen die Grundsätze des Miteigentums ein, da ein solches zwischen Pfandgläubiger und Pfandeigentümer entstanden ist, denn die Summe ist noch ungetrennt.[3]) Zweifellos darf aber der Pfandgläubiger dem Erlös die Summe, die zu seiner Befriedigung erforderlich ist, entnehmen.[4]) Damit verlangt er Aufhebung der Gemeinschaft und führt diese zugleich durch. Die Zustimmung des Pfandeigentümers zu der vorgenommenen Teilung ist als stillschweigend erfolgt anzusehen, es sei denn, daß er ausdrücklich widersprochen hätte. Aus dem Surrogationsprinzip, verbunden mit § 1215 ergibt sich die Verwahrungspflicht hinsichtlich des dem Pfandeigentümer zukommenden Übererlöses. Der Besitz, den der Pfandgläubiger auf diese Weise am Übererlös hat, wird in der Literatur teilweise als „Pfandbesitz" bezeichnet.[5]) Dies dürfte kaum zutreffen, denn der betreibende Pfandgläubiger ist hinsichtlich des Übererlöses nicht mehr Pfandgläubiger. Tatsächlich ist aber der Streit ohne Bedeutung. Nur die Frage ist praktisch, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz vorliegt. Das letztere ist der Fall. Festzustellen, daß der Pfandgläubiger eine der Arten des Fremdbesitzes, etwa Fremdbesitz am Übererlös habe, ist nicht von praktischem Wert.

Welche Rechtsverhältnisse ergeben sich aber, wenn dem betreibenden Pfandgläubiger andere dingliche Rechte vorgehen?

---

[3]) § 947 ff.

[4]) So auch Jacubetzky, Bem. S. 292; Stobbe-Lehmann § 169 b; Planck, Bem. 2 a zu § 1247. Bloch S. 39. In teilweisem Gegensatz die Mot. III, 834.

[5]) Z. B. Staudinger zu § 1247, S. 883 1 a; Stobbe-Lehmann, III 349.

Hiezu bedarf es zunächst der Hervorhebung der Fälle, wie denn dies überhaupt möglich ist. Tatsächlich kommt dies gar nicht so selten vor, trotzdem die Erwägung, daß zur Bestellung von Pfandrecht und Nießbrauch an einer beweglichen Sache deren Übergabe durch den Eigentümer nötig ist (§§ 1032, 1208), den Schluß zu gebieten scheint, daß ein Eigentümer dieselbe Sache nicht an mehrere hintereinander übertragen könne.

Daß ein Nachstehender die Pfandsache veräußert, kann vorkommen einmal dann, wenn ein Vorstehender — wozu er nicht verpflichtet ist (§ 1232) — einem Nachstehenden die Pfandsache zum Zweck des Verkaufs herausgibt. Es ist auch darauf hinzuweisen, daß der Verpfänder als mittelbarer Besitzer eine zweite Verpfändung derselben Sache dadurch vornehmen kann, daß er den mittelbaren Besitz abtritt und die Verpfändung dem ersten Pfandgläubiger anzeigt (§ 1205 Abs. 2). Es gibt aber weitere Fälle, Fälle in denen ein zeitlich nachstehender Pfandgläubiger — ob er auch in rechtlicher Beziehung ein Nachstehender ist, ist eine besondere Frage — im Besitz der Pfandsache ist, ohne daß er von einem Vorstehenden die Sache zum Zweck des Verkaufs herausbekommen hätte. Hat ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache z. B. an einen Dritten verliehen, so hat dieser die Möglichkeit, die Sache gültig weiterzuverpfänden. Nur dann aber ist der spätere Pfandgläubiger in diesem Fall auch ein „Nachstehender", wenn er in bezug auf das Nichtvorhandensein des ersten Pfandrechts nicht in gutem Glauben war; war er gutgläubig, so ist der zeitlich vorstehende Pfandgläubiger ihm gegenüber rechtlich nachstehend.

Anders bei unfreiwilligem Besitzverlust des zeitlich ersten Pfandgläubigers. Dieser behält in solchem Falle sein Pfandrecht an erster Stelle; er behält es aber hinwiederum nicht an erster Stelle, wenn die verpfändete Sache ein Inhaberpapier war. Häufiger ist ein Zusammentreffen mit einem gesetzlichen oder einem Pfändungspfandrecht. Entsprechendes gilt für den Nießbrauch.

Die Fälle einer Mehrheit von Dinglichberechtigten sind also mannigfacher Art.

Was aber nun die rechtliche Behandlung anlangt, so läßt das Gesetz darüber im Zweifel, ob im Falle vorgehender Rechte das Surrogationsprinzip in gleicher Weise beschränkt gilt, wie wenn keine Rechte vorgehen, oder ob nicht vielmehr in diesem Fall eine unbeschränkte Surrogation Platz greift, m. a. W., es handelt sich um die Frage, ob der betreibende Pfandgläubiger, trotzdem ihm Rechte vorgehen, Eigentümer am Erlös in Höhe der ihm zustehenden Forderung wird, oder nicht, ob

also, wenn er den Erlös noch ungeteilt in Händen hat, Miteigentum zwischen ihm und dem früheren Pfandeigentümer eintritt, oder ob dieser Alleineigentümer des Erlöses wird und der betreibende Pfandgläubiger nunmehr nur ein Pfandrecht am Erlöse hat in Höhe seiner Forderung. Die Worte „soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt", lassen eine verschiedene Auslegung zu. Einmal die: wenn Rechte vorgehen, so gebührt eben der Erlös dem Pfandgläubiger *nicht* zu seiner Befriedigung,[3] also wird er nicht Eigentümer, — und sodann aber auch die: auch wenn Rechte vorgehen, gebührt dem betreibenden Pfandgläubiger (dem Pfandeigentümer gegenüber) der Erlös zu seiner Befriedigung; er wird also Eigentümer in Höhe der ihm gegen seinen Schuldner zustehenden Forderung. Beide Ansichten werden vertreten, allein genügend erörtert ist die Frage nicht. Manche erörtern gar nicht die Möglichkeit der zweiten Auslegung, ja nicht einmal die Möglichkeit, daß Vorberechtigte vorhanden sein können. So sagt Endemann[6]) lediglich: „Übersteigt der Barerlös den Betrag der Pfandschuld, so fällt der Überschuß kraft Rechtsvorschrift den übrigen Realberechtigten zu. Diese rechtliche Substitution wirkt sowohl für die nachfolgenden Pfandgläubiger als auch für den Eigentümer." Auch Matthiaß[7]) sagt nur: „an dem Übererlös bestehen Eigentum und sonstige Pfandrechte und Nießbrauchrechte fort." Ebenso Cosack.[8]) Die Autoren dagegen, die sich mit der Frage der Vorstehenden beschäftigen, sind zumeist der Ansicht, daß, wenn Vorberechtigte vorhanden sind, ein Eigentumserwerb des Pfandgläubigers nicht stattfindet, dieser vielmehr nur ein seinem Rang entsprechendes Pfandrecht am Erlös erhält. Diese Ansicht wird jedoch vertreten, oft ohne daß der anderen überhaupt Erwähnung getan wird, also ohne zureichende Begründung. So Kipp:[9]) „Insoweit nun der Erlös den Rechten Dritter unterliegt, die dem Gläubiger vorgehen . . ., kann die Forderung des Gläubigers auch nicht als berichtigt angesehen werden. Die Berichtigung muß mit unbelastetem Gelde erfolgen. Deshalb ist aber auch nicht anzunehmen, daß der Gläubiger belastetes Eigentum (Miteigentum) erwirbt, sondern daß er kein Eigentum erwirbt."

Eine andere Auffassung vertritt Enneccerus-Lehmann.[10]) Er geht von dem Fall aus, daß Übergabe vor Bezahlung des Kaufpreises erfolgt. Dann habe der betreibende Pfandgläubiger Anspruch auf Zahlung der

[6]) II, S. 559.
[7]) II, 200.
[8]) II, 304.
[9]) S. 1082. Ebenso Buhl § 20 S. 116 ff.
[10]) S. 356.

ganzen Summe; aber soweit die Forderung dem Pfandgläubiger nicht zur Befriedigung gebühre, stehe sie dem Eigentümer zu, und es bestehen die beschränkt dinglichen Rechte an dieser Forderung. „Erfolgt dann die Zahlung, so geht das Geld mit diesen Pfandrechten und Nießbrauchrechten belastet zunächst in das Miteigentum des betreibenden Pfandgläubigers und des früheren Eigentümers der Pfandsache über." Er konstruiert also ein Miteigentum. Daß der Pfandgläubiger Eigentümer — wenn auch zunächst nur Miteigentümer — wird, ist auch Plancks Ansicht, wenn er sagt:[11]) „Pfandgläubiger im Sinne des Satz 1 des § 1247 ist der betreibende, egal, ob ihm ein anderer Pfandgläubiger vorgeht." Auch Dernburg scheint dieser Ansicht zu sein. Man muß dies daraus schließen, daß er dem betreibenden Pfandgläubiger bei vorgehendem Nießbrauch die Rechte eines Nießbrauchsbestellers gibt.[12]) Besonders scharf vertritt diese Ansicht Biermann zu § 1247: „ob der betreibende Pfandgläubiger der erste Pfandgläubiger ist oder nicht, ist egal." Biermann wendet sich gegen die Ansicht Buhls (und Kipps); sie habe im Gesetz keine Begründung und sei innerlich ungerechtfertigt. Mit welchem Recht, wird gleich auszuführen sein.

Eine dritte Ansicht vertritt Crome.[13]) Er führt aus: „Der betreibende Pfandgläubiger muß den Erlös, bezw. einen Teil desselben einem Vorstehenden herausgeben, weil ihm insoweit gemäß § 1247 Satz 1 der Erlös zu seiner Befriedigung nicht gebührt. Inwieweit dies der Fall ist, stellt sich möglicherweise erst später heraus. Dies hindert nicht, daß der Effekt von Anfang an eintritt." Dieser Effekt ist der Eigentumsübergang.

Zwischen diesen drei verschiedenen Ansichten gilt es, die richtige zu finden. Ganz abgesehen von Erwägungen der Gerechtigkeit ist die Frage auch sonst von praktischer Bedeutung. Es ist z. B. möglich, daß der Erlös, den der Pfandgläubiger in Händen hat, durch höhere Gewalt verloren geht. Je nachdem man sich einer Ansicht anschließt, ist der Schaden von verschiedenen Personen zu tragen. Ferner kann die Entscheidung von strafrechtlicher Bedeutung werden. (Frage der Unterschlagung.) Aber auch innerhalb der Materie selbst! Das Pfand war z. B. mit einem rangersten Nießbrauch belastet. Der erlischt nicht. Nach Kipp z. B. wird in diesem Fall der Pfandgläubiger nicht Eigentümer des seiner Forderung entsprechenden Betrags am Erlöse, sondern sein Pfandrecht besteht nun an der Nießbrauchsforderung des Verpfänders.

[11]) Ziff. 2 a zu § 1247.
[12]) S. 926.
[13]) Sachenrecht S. 860.

Nun ergeben allgemeine Grundsätze, daß, soweit Rechte vorgehen, nachstehende Rechte warten müssen, ob für sie noch etwas abfällt. Daraus ist klar zu folgern, daß, wenn ein Nachstehender zufällig in die Lage kommt, den Erlös einzuziehen, dieser ihm — dem Wortlaut des § 1247 Satz 1 entsprechend — nicht gebührt, jedenfalls nicht ganz gebührt. Die Ansicht also, der betreibende Pfandgläubiger werde trotz vorgehender Rechte Eigentümer des Erlöses, kommt zu praktisch nicht zu billigenden Resultaten. Wenn der betreibende Pfandgläubiger eine Forderung von 40 hat, 80 vorgehen und 100 erlöst werden, so soll nach dieser Ansicht der betreibende Pfandgläubiger Eigentümer der 40 werden. Zunächst würde freilich Miteigentum eintreten, wodurch die Vorgehenden an sich noch nicht geschädigt wären. Wo aber solches Miteigentum ist, ist auch Trennungsbefugnis. Enneccerus-Lehmann [14]) zieht denn auch diese Konsequenz: „Der Gläubiger hat aber das Recht, durch Aussonderung des ihm gebührenden Betrags diesen pfandfrei zu seinem Alleineigentum zu machen. An dem Rest, solange er abgesondert bleibt, besteht dann das Eigentum des früheren Pfandeigentümers samt den übergegangenen dinglichen Rechten fort." Dieser Konsequenz können auch die übrigen Vertreter dieser Ansicht nicht entraten, wenn sie sie auch verschweigen oder nicht beachten. Die unverdiente Bevorzugung des betreibenden Pfandgläubigers, d. h. auf der anderen Seite die unverdient schlechte Behandlung der Vorstehenden ist ungerechtfertigt. Es widerspricht den Grundprinzipien des Pfandrechts, daß die Vorstehenden auf den Rest zusammengedrängt werden können, den der betreibende Pfandgläubiger übrig läßt. Mag ihre Lage auch durch Klagen gemildert werden, sie schweben doch stets in der Gefahr, einen unter Umständen gewaltigen Ausfall zu erleiden. So fällt die Benachteiligung der Vorstehenden so schwer ins Gewicht, daß auf die anderen genannten Konsequenzen weiterer Bedacht nicht genommen werden kann.

Jede andere Theorie, die diesen Effekt vermeidet, verdient jedenfalls nicht den Vorwurf Biermanns, sie sei innerlich ungerechtfertigt. Indessen ist auch die Ansicht Cromes nicht für vereinbar mit § 1247 zu halten. Aus Satz 1 schließt auch Crome, daß, wenn Rechte vorgehen, der Erlös dem betreibenden Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung eben nicht gebührt. Wird aber dieser Schluß gezogen, so ist auch dem Gesetz weiter zu folgen, das in Satz 2 das Surrogationsprinzip ausspricht. Wenn der Erlös nicht dem betreibenden Pfandgläubiger gebührt, so tritt er an Stelle des Pfandes, fällt also ins Eigentum des Pfandeigentümers. Und dieser

[14]) S. 356.

Ansicht ist beizutreten. Wie Biermann ihr vorwerfen kann, sie finde im Gesetz keine Begründung, ist nicht erfindlich. Auch sein weiterer Einwand, diese Auffassung sei innerlich nicht gerechtfertigt, weil, wenn das Gesetz auch einem nachstehenden Pfandgläubiger das Verkaufsrecht gebe (§ 1232), dies nur darin seinen Grund haben könne, daß er sich aus dem Erlös soll befriedigen dürfen, ist nicht durchschlagend. Es ist keineswegs ein Unding, daß der betreibende Pfandgläubiger auch nach dem Pfandverkauf eventuell noch Pfandgläubiger bleibt. Dies ist vollkommen gesetzlich und kommt auch beim Sicherungsverkauf vor (§ 1219 Abs. 2.) Übrigens gibt Biermann auch selbst zu, daß, wenn dem Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers ein durch den Pfandverkauf erlöschender Nießbrauch vorgeht, die Wirkung die ist, daß der betreibende Pfandgläubiger an Stelle seines bisherigen Pfandrechts an der Sache ein Pfandrecht an der gegen den Nießbraucher bestehenden Forderung des Eigentümers auf Rückgabe einer Geldsumme erlangt.

Es tritt also im Falle vorgehender Rechte unbeschränkte Surrogation ein, also Alleineigentum des Pfandeigentümers. Nur in einem Falle, wenn nämlich der betreibende Pfandgläubiger die Vorrechte genau kennt, wird er, wenn er mehr erlöst, als diese erfordern, am Reste Eigentum erlangen (soweit es ihm gebührt), also auch zur Trennung befugt sein.

Es kann nicht ins Feld geführt werden, es müsse bei der Ansicht, daß der frühere Pfandeigentümer Eigentum am ganzen Erlöse erwerbe, (wenn Rechte vorgehen), der betreibende Pfandgläubiger notwendigerweise als Vertreter des Verpfänders aufgefaßt werden; diese Ansicht sei aber längst überwunden. Der Vorwurf ist unbegründet. Kraft Gesetzes — § 1247 Satz 2 — erwirbt ja, was auch von niemand bestritten wird, der Pfandeigentümer zweifellos Eigentum am Mehrerlös, wenn keine Rechte vorgehen. Es würde also auch die andere Ansicht in den von ihr selbst gerügten Fehler notwendig fallen müssen. Nun liegt aber weder in diesem Falle noch im Fall vorgehender Rechte eine Vertretung vor, sondern eben Surrogation. Wenn dem Surrogationsprinzip eine Vertretung untergeschoben wird, wird ihm Gewalt angetan. Es bedarf dieses Prinzip nicht erst einer Erklärung unter Zuhilfenahme einer Konstruktion mit Vertretung; es ist von Vertretung, mag es ihr noch so verwandt erscheinen, nicht abhängig. Wenn festgestellt ist, daß, wenn Rechte vorgehen, kraft Gesetzes der Erlös dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung nicht gebührt, so gebührt er ebenso kraft Gesetzes in Wahrheit dem früheren Pfandeigentümer, ohne daß es dazu einer Konstruktion des betreibenden Pfandgläubigers als Vertreters des früheren Pfandeigentümers bedürfte. Dies ist übrigens gar nichts außergewöhnliches. Es

fallen z. B. im ehelichen Güterrecht [15]) kraft des dort ebenfalls geltenden Surrogationsprinzips gewisse Gegenstände mit Rechtsnotwendigkeit ins eingebrachte Gut, und das selbst dann, wenn der Ehemann seinen Gegenkontrahenten ausdrücklich belügt, daß er für sich handle, daß er und nicht seine Ehefrau Eigentümer werde, also ausdrücklich erklärt, nicht Vertreter sein zu wollen. Warum soll er mit Gewalt zum Vertreter gestempelt werden? Da er dies nicht ist, und das Surrogationsprinzip überhaupt einer Konstruktion und Erklärung nicht bedarf, so entfällt auch die sonst naheliegende Konstruktion mit § 164 Abs. 2 B.G.B.

Ist nun im seitherigen ausgeführt, wie sich die Eigentumsverhältnisse am Erlös gestalten, so kommen mit diesen Feststellungen allein die verschiedenen Interessenten noch nicht zu ihrer Befriedigung. Wie erfolgt diese? Es ist klar, der betreibende Pfandgläubiger muß nach dem Gesetz warten, bis die Vorstehenden befriedigt sind und darf zur Deckung seiner Forderung nur nehmen, was übrig bleibt. Eine andere Frage ist aber, ob er so loyal handelt. Er hat Mittel, um sich trotz vorgehender Rechte Eigentum zu verschaffen: er vermischt den Erlös mit eigenem Gelde. Nach § 948 ist er dann jedenfalls Miteigentümer. Dadurch aber verletzt er vorgehende Rechte Dritter, deren dingliche Rechte nach § 951 zu bloßen Kondiktionen herabsinken. Bei Kondiktionen hindert aber nichts, daß der zweite dem ersten präveniert. Dem ersten darf dann eine Klage aus § 823 gegen den betreibenden Pfandgläubiger, der ihm sein Recht vernichtet hat, nicht versagt werden.

Wußte der betreibende Pfandgläubiger jedoch von vorstehenden Rechten nichts, so unterliegt er lediglich Kondiktionen. Verwahrte er, der das Vorhandensein vorstehender Rechte kennt, den Erlös pflichtgemäß abgesondert, so befreit er sich zweifellos, wenn er einem Dinglichberechtigten, der als ihm vorgehend sein Recht geltend macht, ausbezahlt, auch wenn dieser tatsächlich dadurch einem anderen, der an erster Stelle berechtigt wäre, präveniert. Dies selbst, wenn der betreibende Pfandgläubiger von dem Erstberechtigten Kenntnis gehabt haben sollte; er kann und darf überhaupt dem dinglichen Anspruch eine Einrede, die seinem eigenen Recht nicht entspringt, nicht entgegensetzen. Somit wird der Erstberechtigte, wenn der Rest zu seiner Befriedigung nicht ausreicht und der Prävenient den Erlös mit eigenem Geld vermischt hat, abermals auf den Weg der Kondiktion verwiesen, und zwar richtet sich diese gegen den Prävenienten. Allerdings hat dieser nur erhalten, was er zu fordern hatte, aber dem Erstberechtigten gegenüber hat er den

[15]) Vergl. §§ 1381, 1382 B.G.B.

Erlös, soweit dieser ihn beanspruchen darf, sine causa und muß ihn herausgeben.

Für die Fälle, daß das vorstehende Recht ein Nießbrauch ist, ist noch beizufügen: Geht der Nießbrauch sämtlichen Rechten vor, so macht bezüglich seiner das Gesetz eine Ausnahme. Er erlischt nicht, und zwar deshalb, weil es sonst der Verpfänder in der Hand hätte, durch Begründung eines nachstehenden Pfandrechts den Nießbraucher um den Nießbrauch der Sache selbst zu bringen. Ist aber unter den Vorrechten ein nicht allen Pfandrechten vorgehender Nießbrauch, so hat der betreibende Pfandgläubiger den Erlös, soweit er nach Befriedigung des vorstehenden Pfandgläubigers noch übrig bleibt, dem Nießbraucher auf Verlangen herauszugeben. Damit wird dieser gemäß § 1067 Eigentümer des Erlöses. Besteller des Nießbrauchs ist der Pfandeigentümer; er hat eine Forderung auf Erstattung des Erlöses nach Beendigung des Nießbrauchs. An dieser Forderung besteht das Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers fort. Unter analoger Anwendung des Surrogationsprinzips ist also sein Pfandrecht ein Recht am Recht geworden.

Wie schon hervorgehoben, kann es aber auch vorkommen, daß der Erwerber der Pfandsache Ansprüche auf den von ihm selbst bezahlten Erlös machen kann, weil er nämlich nicht Eigentümer der Sache geworden ist. Obgleich es nun allgemeine Gesichtspunkte sein können, Geschäftsunfähigkeit oder Willensmängel, die den Erfüllungsakt hinfällig sein lassen und dem Pfanderwerber Kondiktionsrechte geben, so ist doch der Hauptfall des Nichteigentumserwerbs des Erwerbers der, daß die Veräußerung wegen unheilbarer formeller Mängel nicht zum Ziele führte. Erörterungen über hier auftauchende Probleme fallen ins nächste Kapitel.

Wohl aber ist hier noch der Fall zu betrachten, daß der betreibende Pfandgläubiger die Sache dem Erwerber zwar übereignet hat, dieser aber den Erlös nicht bezahlt hat. Aus diesem Grunde kann es sich freilich nicht um die Frage des Eigentumserwerbs am Erlös handeln, doch ist nichtsdestoweniger am Vorhandensein eines Erlöses nicht zu zweifeln. Es handelt sich einmal um den Fall, daß der Pfandgläubiger selbst der Erwerber ist — § 1239 Abs. 1 Satz 2 — und sodann um die Fälle des § 1238. Beidemal besteht die Fiktion, daß der Erlös unter gewissen Umständen als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen sei. Unter „Erlös" hat man also in diesem Fall die Forderung des früheren Eigentümers gegen den Pfandgläubiger zu verstehen.[16]) Diese

[16]) Motive S. 833. Dernburg III, S. 926, 4 nennt sogar schon das Gebot des Pfandgläubigers, welcher dann den Zuschlag erhielt: Erlös.

tritt an die Stelle des Pfandes. Die Befriedigung erfolgt durch Aufrechnung der beiden Forderungen.[17]) Die Fiktion ist zum Schutze des Verpfänders gemacht; er verliert durch den Pfandverkauf seine Sache, darum soll der Pfandgläubiger alles aufbieten, die durch den Verkauf bezweckte Befriedigung sich zu verschaffen. Der Pfandgläubiger soll nicht durch Nachlässigkeit in der Einziehung des Kaufpreises in der Lage sein, seine Forderung gegen den Schuldner fortdauernd geltend machen zu können. Auch die Dinglichberechtigten haben das größte Interesse an der Barzahlung, denn durch den Eigentumswechsel haben sie ihre dingliche Rechtsstellung am Pfande eingebüßt. Würde die Fiktion nicht für sie gelten, so wären sie der Willkür des betreibenden Pfandgläubigers ausgeliefert, in dessen Belieben es stünde, ob und wann er durch Zahlungsannahme ihre Rechte entstehen lassen wollte. Gerade die Fiktion ist ein wichtiges Zwangsmittel gegen den betreibenden Pfandgläubiger. Er unterliegt der Klage der Dinglichberechtigten mit seinem Vermögen in Höhe des vom Erwerber gebotenen Kaufpreises. Nach § 1247 gilt die Pfandforderung als vom früheren Pfandeigentümer berichtigt. Dem betreibenden Pfandgläubiger bleibt es unbenommen, seine Rechte gegen den Erwerber, in dessen Vermögen sich die zu zahlende Summe noch befindet, geltend zu machen.

Zu beachten ist noch, daß der Moment der Wirksamkeit der Fiktion in den beiden Fällen des § 1238 nicht derselbe ist. Ist ohne Bestimmung der Barzahlung verkauft, so muß der Pfandgläubiger vom Vertragsschluß an die Fiktion gegen sich gelten lassen. Dies fordert wohl der Wortlaut des Gesetzes.[18]) Beim Verkauf mit dieser Bestimmung kann aber die Fiktion erst unmittelbar vor Schluß des Versteigerungstermins wirken, weil bis dahin mit dem Willen des Pfandgläubigers, von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung Gebrauch zu machen, gerechnet werden muß.

Es kann nun der Fall vorkommen, daß aber auch die Übergabe verzögert wird, daß sie sich über den Schluß des Versteigerungstermins hinauszieht. In diesem Fall läßt sich nicht leugnen, daß die Dinglichberechtigten nunmehr zwei Rechte nebeneinander haben, ihre Rechte am Pfand, und die aus der Fiktion fließenden Rechte am Erlös. Der Fehler ist der, daß der Gesetzgeber die Fiktion nicht erst an die Übergabe angeschlossen hat. Immerhin werden die Rechte nur alternativ

[17]) So Neumann S. 672 zu § 1247; Biermann zu § 1247; Staudinger Bem. 2a zu § 1238 S. 874.

[18]) A.A. Staudinger zu § 1238; Biermann zu § 1238 und Kipp S. 1083, die die Wirkung der Fiktion erst dann eintreten lassen, wenn der Kauf von dem Pfandgläubiger durch Übergabe der Pfandsache an den Ersteher vollzogen ist.

geltend gemacht werden dürfen. Der betreibende Pfandgläubiger kann einer Klage auf Zahlung von Geld damit begegnen, daß er einfach das Pfand herausgibt.[19]) Also ist die scheinbare Begünstigung der Dinglichberechtigten für sie nicht allzuviel wert, denn tatsächlich ist das Wahlrecht auf seiten des betreibenden Gläubigers. Fordern sie nämlich umgekehrt das Pfand, so müssen sie sich auch mit dem Geld begnügen, denn das Pfand selbst kann ja jeden Augenblick von seinem Erwerber beansprucht werden.

Der Fall, daß der Kaufpreis nicht bar bezahlt ist, ist durchaus ähnlich dem Fall, daß der betreibende Pfandgläubiger das Geld mit eigenem vermischt; beidemal verschwindet das Ersatzobjekt. Im letzteren Fall haben die Dinglichberechtigten aber nicht nur Kondiktionen (§ 951), sondern Schadensersatzansprüche, daher führt die Ähnlichkeit des anderen Falls dazu, auch die Ansprüche der Dinglichberechtigten bei mangelnder Barzahlung als Schadensersatzansprüche zu charakterisieren; der betreibende Pfandgläubiger hat durch Unterlassung des Barzahlungsgebots bezw. Unterlassung seines Rücktritts ein Verschulden zu vertreten.

Endlich sei noch erwähnt der Fall einer Barzahlung ohne Übergabe. Möglich ist, daß Erwerber und betreibender Pfandgläubiger ein constitutum possessorium abschließen. Es ist aber meist der Fall, daß eine solche Willenseinigung nicht vorliegt. Dann ist der Fall ähnlich dem einer unterlassenen Übergabe und Barzahlung, ohne aber dessen Fehler zu teilen. Die Rechte am Pfande erlöschen erst mit der Übergabe, also können hier die Dinglichberechtigten den gezahlten Erlös nicht für sich beanspruchen; Surrogation ist noch nicht eingetreten; also entsteht hier kein Doppelrecht. Sofern aber ein Dinglichberechtigter einen Herausgabeanspruch hat — § 1232 — kann er die Sache vom besitzenden Pfandgläubiger verlangen. Gibt sie nun der betreibende Pfandgläubiger heraus, so wird er zwar dem Erwerber gegenüber schadensersatzpflichtig und hat den Erlös ohne Rechtsgrund. Dies berührt aber die Dinglichberechtigten nicht; sie können sich jetzt ihrerseits aus der Sache befriedigen. Gibt der betreibende Pfandgläubiger die Sache aber nicht heraus, so muß den Dinglichberechtigten der Zugriff auf den Erlös gestattet werden. Die Möglichkeit, sich aus dem Pfande zu befriedigen, ist ihnen genommen, und damit tritt Surrogation ein.

[19]) So auch Kipp S. 1084.

2. Kapitel.

Beim nichtrechtmäßigen Pfandverkauf.

Durch die Untersuchungen des vorigen Kapitels ist der Weg geebnet für die Darstellung der Wirkungen der Nichtrechtmäßigkeit des Verkaufs, genauer: der Veräußerung. Auszugehen ist von den im ersten Teil gewonnenen Ergebnissen und zu scheiden, ob der Grund der Nichtrechtmäßigkeit der Veräußerung ein formeller oder ein materieller ist; hinsichtlich der Wirkungen muß die Natur der Nichtrechtmäßigkeit von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Zunächst soll erörtert werden der weitaus schwierigere Fall, daß der Erwerber Eigentum erwirbt, also heilbare Nichtrechtmäßigkeit und guter Glauben vorliegt.

Die seitherige Lehre schied, dem Wortlaut des Gesetzes folgend, den Fall, daß der angebliche Pfandgläubiger überhaupt kein Pfandrecht hatte, und den Fall, daß er zwar ein Pfandrecht hatte, aber die Veräußerung nichtrechtmäßig war. Im ersteren Fall hat der Pfandgläubiger zwar aus dem Kaufvertrag Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Da es aber an einem gültigen Pfandrecht fehlt, so hat der angebliche Pfandgläubiger auch keinen „Pfandverkauf" vorgenommen, sondern eben einfach eine Sache verkauft, die zu verkaufen er nicht berechtigt war. Es ist genau derselbe Fall, wie wenn z. B. ein Verwahrer die ihm anvertraute Sache widerrechtlich verkauft. Selbst wenn also auch keine Rechte vorgehen, hat in diesem Fall der angebliche Pfandgläubiger am Erlös nur Besitz und ist dem Pfandeigentümer zur Herausgabe verpflichtet, hat eventuell auch nach § 823 Schadenersatz zu leisten. Für die anderen Fälle der Nichtrechtmäßigkeit wird die Ansicht vertreten, dem Pfandgläubiger stehe am Erlös nur ein Pfandrecht zu. Nach § 1247 Abs. 1 gelte die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt, soweit der Erlös aus dem Pfande dem Gläubiger zu seiner Befriedigung gebühre. Er gebühre ihm aber nur dann, wenn der Pfandverkauf ein rechtmäßiger sei. Andernfalls trete der gesamte Kaufpreis an die Stelle des Pfandes; der Pfandgläubiger habe also nur ein Pfandrecht am Erlös.[1])

Wir können uns auf Grund unserer Charakterisierung der Nichtrechtmäßigkeitsfälle des Pfandverkaufs mit den von der seitherigen Meinung vertretenen praktischen Folgen nur teilweise einverstanden

[1]) So Endemann, § 141 S. 559; Staudinger und Kuhlenbeck zu § 1247.

erklären, eben weil u. E. die h. M. die Fälle formeller Nichtrechtmäßigkeit, die trotz ihres Mangels zu Eigentumserwerb führen können, nicht gebührend würdigt. Während wir so, wie noch näher auszuführen sein wird, einen Teil der h. M. angreifen, so wenden wir uns andererseits gegen den Angriff, den Leonhard einem anderen Teil der h. M. hat zuteil werden lassen.[2]) Auch Leonhard geht von der Beobachtung aus, daß seither dem Wesen der Nichtrechtmäßigkeit nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Er erörtert zwar nicht Fragen materieller oder formeller Nichtrechtmäßigkeit, wohl aber die Frage, aus welcher Ursache ein gültiges Pfandrecht im einzelnen Fall nicht vorliegt. Wenn nur der angebliche Pfandgläubiger eine gültige Aktivforderung gegen den Schuldner hat — Leonhard nennt dies: Recht mit Verwertungskraft — so erwirbt er nach ihm immer Eigentum am Erlös. Dies ist aber auch der Fall, wenn das Pfandrecht nicht mangels gültiger Forderung, sondern deswegen nichtig ist, weil es an der „Verwertbarkeit des Objekts" fehlt. Und daran fehlt es — da ja § 811 für das Vertragspfand keine Rolle spielt — dann, wenn dem Gläubiger eine ihrem Eigentümer unfreiwillig abhanden gekommene Sache verpfändet worden ist. Dafür kann der Gläubiger nichts, also soll nach Leonhard auch in diesem Fall einem Eigentumserwerb des Gläubigers am Erlös nichts im Wege stehen.

Es sind dies ähnliche Erwägungen, wie wir sie für den Fall formeller Nichtrechtmäßigkeit angestellt haben; trotzdem können wir uns Leonhard nicht anschließen. Denn gegen seine Theorie spricht vor allem der § 1247. Wenn das Gesetz sagt, daß der Erlös aus dem Pfande dem Pfandeigentümer zu seiner Befriedigung gebühre, so konnte ja gezweifelt werden, ob er ihm gebühre, wenn Rechte vorgehen, denn da hatte er immerhin eine klagbare Forderung. Um sagen zu können, daß dem Pfandgläubiger der Erlös zu seiner Befriedigung gebühre, ist aber die erste Voraussetzung, daß er, wie das Gesetz selbst sagt, ein Pfandgläubiger überhaupt ist. Nun ist er aber auch in dem Falle, daß er vollkommen schuldlos Pfandgläubiger nicht geworden ist, eben nicht als Pfandgläubiger zu betrachten und daran kann die Erwägung Leonhards nichts ändern, daß § 1247 nur den Unterschied vom gemeinen Recht dartun wolle, insofern der Pfandgläubiger heute nicht Eigentümer des ganzen Erlöses werden solle. Leonhard meint, ein Erwerb des Eigentums durch einen ganz fernstehenden, vielleicht unbekannten Dritten sei schwer annehmbar. Einen solchen verlangt aber das Prinzip. Ferner macht Leonhard geltend, es sei vor allem bedenklich in dem Fall, wenn

[2]) Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 21, S. 206 ff.

der Käufer das Eigentum nicht erwerbe, denn dann hätte ja, wenn man seiner Ansicht nicht folge, der wahre Eigentümer Eigentum an Sache und Erlös, und über die Art, wie er dies geltendmachen dürfe, fehle es an jeder Vorschrift. Es ist aber gar keine Rede davon, daß auch im Fall eines Nichteigentumserwerbs seitens des Käufers der Erlös ins Eigentum des Sacheigentümers falle. Es ist ganz selbstverständlich, daß in solchem Falle eine Surrogation gar nicht eintreten kann, denn der wahre Eigentümer hat ja sein Eigentum an der Sache gar nicht verloren. So ist denn die Ansicht Leonhards abzulehnen; es fehlt eben auch in diesem Fall dem Gläubiger die Verfügungsbefugnis und von diesem Gesichtspunkt aus folgen wir der h. M., die den Eigentumserwerb dem Gläubiger hier versagt.

In anderer Beziehung aber ist der h. M. nicht beizutreten. Hier ist der Ort, wo die Scheidung der Nichtrechtmäßigkeitsfälle in materielle und formelle wiederum ins Gewicht fällt. Das richtige Gefühl hiefür hat Biermann. Er vertritt[3]) im Gegensatz zu h. M. die Ansicht, daß bei vorliegender Nichtrechtmäßigkeit im wesentlichen gleiches gelten müsse, wie im Fall der Rechtmäßigkeit, obwohl § 1247 nur den Fall rechtmäßigen Pfandverkaufs im Auge habe. Aber — und dies ist die Hauptsache — er sieht sich zu folgender Ausnahme genötigt: „Hat der Pfandgläubiger freilich den Pfandverkauf vor Fälligkeit vorgenommen, so kann er am Erlös nur Pfandrecht erwerben." Die h. M. fühlt dagegen einen Unterschied der Fälle nicht. Sie lehrt:[4]) Bei Nichtrechtmäßigkeit entsteht immer nur Pfandrecht am Erlös; bei mangelndem Pfandrecht des Gläubigers aber selbst dies nicht. Wir schließen uns weder Biermann, noch der h. M. an, sondern vertreten die Ansicht, daß in den Fällen materieller Nichtrechtmäßigkeit wegen der mangelnden Verfügungsbefugnis des Pfandgläubigers ein Eigentumserwerb desselben auch in den Fällen nicht zu rechtfertigen ist, in denen — und das wird die große Mehrzahl sein — vorstehende Rechte nicht vorhanden sind, während bei nur formeller Nichtrechtmäßigkeit, soweit hier Eigentumserwerb des Käufers möglich ist, einen Eigentumserwerb des Pfandgläubigers — soweit Rechte nicht vorgehen — am Erlös in Höhe seiner Forderung ein Hindernis nicht im Wege steht.[5]) Würde der Gläubiger aber im

[3]) Anm. 5 zu § 1247.

[4]) Endemann § 140 S. 559 und Anm. 16; Enneccerus-Lehmann, S. 358; Staudinger zu § 1247 1 a, S. 883; Planck zu § 1247, Bem. 1; Kuhlenbeck zu § 1247, Bem. 2, S. 851.

[5]) Vergl. Württ. Z. 1906, S. 366. (Für materielle Mängel ist der Pfandgläubiger verantwortlich; es ist nicht Sache des Gerichtsvollziehers, zu prüfen, ob die Sache ordnungsmäßig als Pfand bestellt worden ist, ob die Forderung fällig ist ꝛc.)

Falle materieller Mängel zum Eigentümer des Erlöses gemacht werden, so wäre ihm, der wegen mangelnder Verfügungsbefugnis nicht rechtmäßig verkaufte, gerade durch den Verkauf die Verfügungsbefugnis geschaffen worden, nämlich die im Eigentum liegende Befugnis über die Sache, d. h. hier über ihr Surrogat, zu verfügen. Und dies kann nicht der Wille des Gesetzes sein!

So liegen die Rechtsverhältnisse am Erlös. Die Frage ist jetzt wiederum: Wie erfolgt die Befriedigung?

Gehen dingliche Rechte nicht vor, so kann der frühere Pfandeigentümer den vollen Erlös vom betreibenden Pfandgläubiger vindizieren, wenn die Nichtrechtmäßigkeit eine materielle ist, denn da war der Pfandgläubiger überhaupt nicht verfügungsberechtigt. Ist die Nichtrechtmäßigkeit formeller Art, so kann der Pfandeigentümer nur die Hyperocha beanspruchen; in diesem Fall darf sich der Pfandgläubiger für seine Forderung aus dem Erlös befriedigen.

Gehen Rechte vor, so liegt der Fall im allgemeinen so, wie wenn der Pfandverkauf rechtmäßig gewesen wäre. Daß die dinglichen Rechte, mit Ausnahme des rangersten Nießbrauchs erlöschen, selbst wenn sie dem Erwerber bekannt sind, wurde schon ausgeführt. (S. 23.) Daß natürlich der betreibende Pfandgläubiger, der keine Verfügungsbefugnis hatte, den Erlös nicht für sich in Anspruch nehmen darf, bedarf keiner Hervorhebung.

Noch in anderer Weise wirkt die Nichtrechtmäßigkeit. Es ist nach allgemeinen Grundsätzen der Käufer nur dem Pfandgläubiger verpflichtet. Wenn der Erlös die Forderung des Pfandgläubigers übersteigt, so hat der Pfandeigentümer trotzdem keinen Anspruch gegen den Käufer. Wenn der Käufer den Überschuß freiwillig dem Pfandeigentümer zahlt, so wird er sich zwar normalerweise befreien, allein der Pfandgläubiger braucht diese Zahlung im Falle eines rechtmäßigen Pfandverkaufs dann nicht anzuerkennen, wenn sie seinem Interesse zuwiderlief, etwa weil er außer der Pfandforderung noch chirographarische Forderungen gegen den Pfandeigentümer hatte.[6]) Eine Folge der Nichtrechtmäßigkeit ist nun auch die, daß bei materiellem Mangel der Pfandgläubiger diese Zahlung anerkennen muß, während er bei formellem Mangel dazu nicht gezwungen ist.

Endlich ist noch hervorzuheben, daß der betreibende Pfandgläubiger unter Umständen dem Schadensersatzanspruch eines Dinglichberechtigten unterliegt, wenn dieser nämlich nachweist, daß er infolge der Nichtrecht-

[6]) Vgl. Dernburg, Pf.R. II, S. 185.

mäßigkeit einen Ausfall erlitten hat. Es verkauft z. B. der betreibende Pfandgläubiger vor Fälligkeit seiner Forderung, und gerade zu dieser Zeit hatte die verpfändete Sache, z. B. eine Aktie, einen besonders geringen Wert, der dann später wieder erheblich gestiegen ist. Zweifellos kann ein Vorstehender damit einen Schadensersatzanspruch begründen. Schadenersatz verlangen kann er endlich auch dann, wenn der Pfandgläubiger den Erlös schuldhafterweise mit eigenem Gelde vermischt.[7])

Wie äußert sich nun die Hauptwirkung einer Nichtrechtmäßigkeit, nämlich daß der Erwerber unheilbaren formellen Mangels halber[8]) Eigentum gar nicht erwerben kann, hinsichtlich der Rechtsverhältnisse am Erlös? In diesem Fall ergibt sich der Eigentumserwerb des Pfandgläubigers am Kaufpreis, und zwar an der ganzen Summe, schon daraus, daß eine Surrogation nicht eintreten kann, eben weil der Käufer Eigentümer nicht geworden ist. Eine Durchbrechung des Traditionsprinzips erfolgt nur bei Surrogation; kann eine solche nicht eintreten, so muß kraft des Traditionsprinzips der gezahlte Kaufpreis unmittelbar ins Eigentum des Verkäufers fallen. Daran ist kein Zweifel möglich. Welche Konsequenzen ergeben sich aber zunächst daraus? Der betreibende Pfandgläubiger kann mit dem erhaltenen Gelde tun, was er will, denn es ist ja sein Eigentum. Der Pfandeigentümer und die Dinglichberechtigten behalten ihre Rechte an der Pfandsache, die der Erwerber nunmehr in Händen hat. An ihn mögen sie sich halten. Ihm mögen sie nacheilen, wenn er sich mit seinem Raube davon macht, an ihn mögen sie sich wenden, wenn er die Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiterveräußert hat. Der betreibende Pfandgläubiger ist indessen angesichts derer, die das erste Recht auf den Kaufpreis hätten, zu Hause und freut sich seines unantastbaren Geldes. Denn der Erwerber ist ja in keiner Weise verpflichtet, die von ihm gezahlte Summe deshalb wieder zu kondizieren, weil er Eigentum nicht erworben hat, und der betreibende Pfandgläubiger ist mit der Unterlassung solcher condictio natürlich vollkommen einverstanden, denn er ist ja Eigentümer der gesamten gezahlten Geldsumme. Daß diese Situation unbillig ist, bedarf keiner weiteren Darlegung. Sie widerspricht dem Willen des Gesetzgebers und bedeutet eine unerwünschte, bei Schaffung des Gesetzes nicht beachtete Begleiterscheinung der Aufnahme des Surrogationsprinzips, kraft dessen im vorliegenden Fall das ins Eigentum des betreibenden Pfandgläubigers übergegangene Geld nicht „Erlös" im Sinne des Gesetzes ist. Kann geholfen werden und

---

[7]) S. S. 37.

[8]) Die Sachlage ist dieselbe, wenn der Erwerber in bösem Glauben war.

wie? Enneccerus-Lehmann[9]) will mit der Konstruktion Hilfe bringen, „daß die bisher an der Pfandsache bestehenden Rechte nach § 1247 Satz 2 am Pfanderlös entstehen müssen, so zwar, daß sie gleichzeitig am Pfande bestehen bleiben, an Stelle des einen Pfandobjekts also zunächst zwei treten." Dieser Konstruktion, die das Surrogationsprinzip, weil es hier ein fatales Resultat zeitigt, für diesen Fall einfach außer Kraft setzt, können auch wir nicht beistimmen, allein es läßt sich auf andere Weise ein Zugriffsrecht des Pfandeigentümers und der Dinglichberechtigten rechtfertigen, ohne daß dem § 1247 Satz 2 „der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes", — nicht „daneben" — Gewalt angetan wird. Der Pfandverkauf ist unwirksam erfolgt. Unwirksame Geschäfte können nach B.G.B. in weitem Umfang geheilt werden. Heilbar sind die Geschäfte des beschränkt Geschäftsfähigen (§ 108), des Dispositionsbeschränkten (§ 1396), des Nichtberechtigten (§ 185). Kann nun nicht auch der Pfandeigentümer das unwirksame Geschäft genehmigen? Zuzugeben ist, daß eine Genehmigung nach § 185 nicht möglich ist, handelt es sich ja doch in der Person des betreibenden Pfandgläubigers nicht um einen Nichtberechtigten. Allein man darf von folgendem ausgehen: Der Grund, warum das Gesetz bei wesentlichem Formfehler den Eigentumserwerb des Erwerbes nicht eintreten läßt, ist gerade die Rücksicht auf den Pfandeigentümer. Die Formen sollen seinen Schaden verhüten. Wenn nun ein Fall eintritt, in dem es für ihn vorteilhafter ist, auf ein Eigentum an der Sache selbst, weil es für ihn wertlos ist, zu verzichten und den Verkauf lieber gelten zu lassen, so darf er auch nachträglich auf Einhaltung der zu seinen Gunsten geforderten Formen verzichten. Es handelt sich ja nicht um öffentlichrechtliche Vorschriften, die der Parteidisposition entzogen sind. Eine Genehmigung ist also möglich. Aber reicht sie aus? Nicht immer, denn sobald dem betreibenden Pfandgläubiger andere Dinglichberechtigte vorgehen, ist zu beachten, daß die Formvorschriften dann auch im Interesse dieser Vorstehenden gedacht sind. Der Pfandeigentümer kann also in solchem Fall durch seine Genehmigung auch noch keine Surrogation eintreten lassen; erst müssen die anderen Dinglichberechtigten zustimmen. Diese werden sich, da es sich ja lediglich um ihren Vorteil handelt, ohne weiteres dazu bereit finden. Dann aber liegt nicht mehr vor eine bloße Genehmigung, sondern vielmehr eine „Einigung". So gut eine Außerachtlassung der Vorschriften der §§ 1234—1240 durch *vorherige* Einigung ermöglicht werden kann

[9]) S. 358. — Dagegen Staudinger Bem. 1 b β zu § 1247 S. 883; Stobbe-Lehmann § 169 S. 349 bei Anm. 29.

(§ 1245 Abs. 1), muß sie ja auch nachträglich durch Einigung geheilt werden können, zumal der Gedanke des § 1245 Satz 2 jetzt nach erfolgtem Verkauf nicht mehr in Betracht kommt. Mit der Erklärung dieser Einigung dem betreibenden Pfandgläubiger gegenüber tritt die Surrogation ein; der Erwerber erlangt das, was er tatsächlich schon ausgeübt hat, nunmehr auch rechtlich, nämlich Eigentum an der Pfandsache, und die Rechtsverhältnisse am Erlös beurteilen sich nun in gewöhnlicher Weise.

Wenn die Einigung also zustande kommt, so ist geholfen. Wie aber, wenn sich ein Dinglichberechtigter, zumal, was am ehesten der Fall sein wird, der Pfandeigentümer, weigert, dem Verkauf seine Zustimmung zu erteilen? Es ist ja leicht denkbar, daß der Pfandeigentümer, wenn ein Überschuß nicht erzielt wurde, gar kein Interesse daran hat, seine Zustimmung zu erteilen; es ist ihm gleichgültig, ob und wieweit ein anderer Dinglichberechtigter einen Ausfall erleidet. Auch hier kann geholfen werden. Was sollte einer Anwendung des § 1246 im Wege stehen? Wenn eine von den Vorschriften der §§ 1235—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten entspricht, so entscheidet, wenn eine Einigung nicht zustande kommt, das Gericht. Warum eine solche Entscheidung nur vor dem Verkauf möglich sein sollte, ist nicht einzusehen. Ist die Interessenlage nach dem Verkauf gegeben, so muß eine solche Entscheidung auch jetzt noch ergehen können. Der Richter hat hier nach billigem Ermessen und nach den Interessen der Beteiligten zu entscheiden. Er muß aber dabei berücksichtigen, daß es nicht notwendig Schikane des Pfandeigentümers ist, wenn er seine Zustimmung verweigert, sondern daß dieser je nach der Art des Mangels, der die Gültigkeit des Verkaufs verhindert hat, unter Umständen Aussicht auf bessere Pfandverwertung hatte und daher nicht mit Unrecht sich lieber Eigentümer der fernen Pfandsache weiß, als daß er den Erlös den Vorstehenden preisgibt. Hier können diffizile Fragen auftauchen. Daß aber, sobald es berechtigte Interessen erfordern, geholfen werden kann, ist sicher. Es ist also weder nötig, bei dem non possumus der herrschenden Lehre stehen zu bleiben, noch nötig, das Surrogationsprinzip für diesen Fall über Bord zu werfen und dem Pfandeigentümer und den Dinglichberechtigten zwei Befriedigungsobjekte nebeneinander zu eröffnen.

Es ist aber hier noch darauf hinzuweisen, daß die Sache viel einfacher liegt, wenn der Umstand, daß der Käufer Eigentum nicht erwirbt, nicht dadurch verschuldet ist, daß formeller unheilbarer Mangel vorliegt, sondern dadurch, daß der Eigentumserwerb z. B. infolge von Willensmängeln oder von Geschäftsunfähigkeit nicht eingetreten ist. In diesem

Fall ist Surrogation gleich eingetreten, ein Erlös vorhanden, und der Anspruch der Dinglichberechtigten auf diesen also ohne weiteres begründet.

Im Zusammenhang damit kann die Frage auftauchen: Hat der Pfandgläubiger etwa ein Vindikationsrecht? Dies ist ohne weiteres zu verneinen, denn vindizieren kann nur ein Eigentümer. Damit erübrigt sich die ganze lange Ausführung Blochs über diesen Punkt.

Ist der Erlös gemäß § 1238 nur ein fingierter, so ändert sich die Sachlage durch das Vorliegen einer Nichtrechtmäßigkeit nicht, denn bei wesentlichem Formmangel gilt die Fiktion überhaupt nicht, und in allen anderen Fällen kann der betreibende Pfandgläubiger handeln, wie beim rechtmäßigen Pfandverkauf und den Vorstehenden geben, was er will, Geld oder Pfand.

Liegt Barzahlung ohne Übergabe vor, so hat bei Abschluß eines constitutum possessorium die unheilbare Nichtrechtmäßigkeit selbstverständlich die Wirkung, daß sich die Dinglichberechtigten nicht an das Geld halten können. Ist ein solches Abkommen nicht geschlossen, so hat solche Nichtrechtmäßigkeit die Wirkung, daß ein Dinglichberechtigter ein Recht, den Erlös anzugreifen, wie wir es ihm bei Herausgabeverweigerung des Pfandes durch den betreibenden Pfandgläubiger im Falle rechtmäßigen Pfandverkaufs zugestanden haben, natürlich nicht hat, denn Surrogation ist eben nicht eingetreten.

Anhang.

Kurz berührt werden muß noch der Fall einer Nichtidentität des Verpfänders mit dem persönlichen Schuldner oder Pfandeigentümer. Es kann sein, daß auf der Verpfänderseite zwei Personen stehen. Dies ist der Fall, wenn der Verpfänder zwar persönlicher Schuldner ist, aber eine fremde Sache verpfändet, sei es mit, sei es ohne Einwilligung des Sacheigentümers; ferner, wenn der Verpfänder Eigentümer war, es aber zu sein aufgehört hat und ferner dann, wenn der Sacheigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, seine Sache für diesen verpfändet. Es können aber auch drei Personen sein, nämlich wenn der Verpfänder weder Pfandeigentümer noch persönlicher Schuldner ist.

Nun äußert freilich die Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs auf Fälle solcher Nichtidentität keine direkten Wirkungen. Allein der Fall ist möglich, daß speziell der Umstand der Nichtidentität die Nichtrechtmäßigkeit begründet. Wenn der Pfandeigentümer für den persönlichen Schuldner verpfändet hat, oder letzterer eine Sache des Pfandeigentümers mit dessen Einverständnis, so liegt darin keine Nichtrechtmäßigkeit. Unbestritten liegt aber eine Nichtrechtmäßigkeit vor, wenn der Verpfänder durch unfreiwilligen Besitzverlust des wahren Sacheigentümers in Besitz der Sache gelangt, diese dem Gläubiger verpfändet. Dieser hat dann kein Pfandrecht erlangt, und wenn er verkauft, tut er es nichtrechtmäßig. Sein guter Glaube an das Eigentum oder die Verfügungsbefugnis des Verpfänders nützt ihn ja in diesem Fall nichts. Weiter wird man aber nicht gehen dürfen: Wenn ein Gläubiger ein gültiges Pfandrecht erlangt hat, und er erfährt später das Nichteigentum des Verpfänders, so tut dies der Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs keinen Eintrag. Freilich wollen Staudinger[1]) und Stobbe-Lehmann[2]) von dem guten Glauben des Pfandgläubigers die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs abhängig machen. Dem kann nicht beigetreten werden; weder das Gesetz noch allgemeine Grundsätze entziehen ihm nach einmal erlangtem gültigen Pfandrecht die Verfügungsbefugnis. In dem Fall aber, daß der Gläubiger infolge unfreiwilligen Besitzverlusts des wahren Eigentümers ein Pfandrecht nicht erlangt hat, wird der wahre Eigentümer in gewissem Umfang doch geschützt; der Erlös kommt ihm wenigstens zugute, denn der Eintritt der Surrogation hat zur Folge, daß der Erlös in sein Eigentum fällt. Etwa vorgehende Rechte hieraus zu befriedigen, ist er nicht verpflichtet; wohl aber müßte er dies, wenn der Gläubiger auf Grund gültigen Pfandrechts verkauft hätte, also etwa als ungetreuer Verwahrer den Eigentümer um seine Sache gebracht hätte. In diesem Fall ist er am ganzen Erlös Eigentümer geworden. Gingen Rechte nicht vor, so wird er Eigentümer am etwaigen Übererlös. An dieser Stelle zeigt sich auch die Unmöglichkeit, das Surrogationsprinzip mit Vertretung zu konstruieren. Wie sollte der Pfandgläubiger, der von dem Dasein des wahren Eigentümers zunächst gar keine Ahnung hat, als dessen Vertreter erscheinen!

Es ist nun zweifellos, daß der wahre Eigentümer, der durch des Verpfänders Schuld seines Eigentums beraubt wird, gegen diesen einen

---

[1]) Bem. 1 b zu § 1248, S. 885.

[2]) § 169, S. 350.

Schadensersatzanspruch hat.[3]) Dies ist zwar eine Folge schon der unrechtmäßigen Verpfändung überhaupt, allein der eigentliche Schaden des wahren Eigentümers tritt erst mit der Pfandverwertung selbst ein.

Somit ist auch dieser Anspruch im weiteren Sinn eine Wirkung der nichtrechtmäßigen Pfandveräußerung.

---

[3]) Mit dieser Feststellung tritt für unsere Untersuchungen eine Streitfrage in den Hintergrund, nämlich die Frage, ob eine cessio legis vorliegt, ob also § 1225 entsprechend anzuwenden ist. Diese Frage ist nur dann wichtig, wenn der Pfandeigentümer freiwillig seine Sache für einen Dritten verpfändet oder zum Verpfänden hergegeben hat.